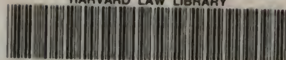
Stintzing

Legis actio sacramen





Germany



Ueber das Verhältniß

der

Legis actio sacramento

zu dem Verfahren

durch

Sponsio præjudicialis.

Rechtsgeschichtliche Abhandlung

von

Dr. R. Stintzing,

Privatdocenten in Heidelberg.

Heidelberg.

Akademische Anstalt für Literatur und Kunst.

(Karl Groos.)

1853.

Inhalt.

Berichtigung:

S. 26 Z. 3 v. o. lies „aufzustellen“, statt „aufgestellten“

Wer nicht mit Wagner'schem Behagen in der Ergründung des Kleinen und Besonderen seine wissenschaftliche Befriedigung findet, der wird seine speciellen Untersuchungen in stetem Zusammenhange mit dem Ganzen und Allgemeinen betrachten: und wenn er mit ihnen in die Oeffentlichkeit tritt, so wird es ihm Bedürfniß sein, auf jenen Zusammenhang hinzuweisen, in dessen Bewußtsein er guten Muthes die engen Seitenwege verfolgte, wohl wissend, daß und wo sie ihn in das Lichte zurückführen würden. Wir geben aber nicht blos einem subjectiven Bedürfnisse nach, wenn wir im Folgenden die Beziehung unserer Untersuchung zu den allgemeineren Aufgaben historischer Rechtswissenschaft hervorheben: sondern wir glauben, daß es für eine fruchtbare Beurtheilung rechtsgeschichtlicher Fragen nothwendig sei, an die höheren Gesichtspunkte zu erinnern, auf denen sich das Einzelne nur als Glied des Ganzen, und die Geschichte

des Rechts selbst, nur als Zweig der allgemeinen Kulturgeschichte eines Volks darstellt.

Knüpfen wir an das Nächste an, so dürfen wir in Bezug auf die Geschichte des Römischen Processes unsere Frage eine fundamentale nennen. Denn sie verlangt Auskunft über den Einen wichtigen Punkt: wie frühe die Römer eine dem Wesen des dinglichen Rechts entsprechende Proceßform besaßen. — Wer aber in rechter Würdigung die Disciplin des Röm. Processes nicht für ein „Arcanum der Hochgelehrten" hält, sondern sie, mit dem Meister auf diesem Gebiete, als eine „elementäre" betrachtet: für den bedarf es nicht erst des Nachweises, durch welche Mittelglieder unsere Untersuchung mit dem Großen und Ganzen der Rechtswissenschaft in Verbindung stehe.

Allein wir glauben noch höher greifen, und die Bedeutung, welche wir allgemein dem Processe für die geschichtliche Erkenntniß des Rechts beimessen, auf Einem Punkte ganz besonders unserer Frage vindiciren zu dürfen.

Es giebt uns die Geschichte des Processes den Maaßstab an die Hand, um für die Rechtsgeschichte zu bestimmen, wie weit und wie klar, wie scharf und wie sicher in jeder Periode die einzelnen Rechtsbegriffe ent-

wickelt sind. Denn wie wir nur das Recht ein wahres nennen können, für dessen Schutz bei den Gerichten Vorsorge getroffen ist; so dürfen wir umgekehrt sagen, daß ein Volk für jeden Rechtsbegriff, der wirklich in ihm lebt, auch diejenigen processualischen Formen und Organe schaffen wird, welche dem inneren Wesen dieses Rechts entsprechen. Vor Allem und ohne Ausnahme gilt dies von der Römischen Nation, so lange sie sich in der glücklichen Lage befand, die rechtlichen Ueberzeugungen, welche ihr kräftiger Geist gestaltete, ohne Hemmnisse in das Leben hinüber zu führen: und für diese wichtigste Zeit müssen wir die Geschichte des Römischen Processes als sichere Scala für die Entwicklung der Römischen Rechtsbegriffe ansehen.

Wer von diesem Gesichtspunkte die über unsere Frage herrschende Ansicht betrachtet, kann sich den befremdenden Eindruck nicht verhehlen, welcher die Consequenz ihres Resultats hervorrufen muß. — Daß das Römische Volk um die Zeit, wo sein Recht in die beglaubigte Geschichte eintritt, keine processualische Form besessen habe, in welcher das practische Wesen und der rechtliche Begriff des Eigenthums seinen vollen und wahren Ausdruck fand; — daß es dies Organ der Rechts-

verfolgung erst in der Periode erzeugt haben soll, als sein politischer Gesichtskreis sich längst über die Gränzen Italiens hinaus erweitert, und der nach Rom gezogene Weltverkehr bereits die Schranken der alten Rechtsbegriffe durchbrochen hatte: dies ist eine Vorstellung, welche mit Allem, was wir sonst von dem Charakter des alten Römervolkes und seines Rechts wissen, in Widerspruch zu stehen scheint.

Es giebt kein Recht, welches einfacher wäre und dem natürlichen Bewußtsein näher läge, als das Eigenthum. Keine Rechtsidee scheint aber auch dem ursprünglichsten Wesen gerade des Römischen Geistes mehr zu entsprechen, als die der absoluten Beherrschung der Sache; in keinem Rechtsbegriffe scheint sich dieser Geist so sichtlich auszuprägen, wie in dem des Eigenthums, den kein anderes Volk mit gleicher Schärfe hingestellt hat. — Es ist derselbe Geist des „disciplinirten Egoismus", wie ihn Iherings glückliche Feder bezeichnet, welcher im Großen dem Römischen Volke seine Bahn zur absoluten Unterwerfung alles Fremden seit frühen Zeiten wies, und in den kleineren Verhältnissen des Privatlebens dem Bürger seine Rechtsbegriffe dictirte. Die absolutistische Stellung des Römischen Staats gegen Alles außer ihm, findet ihr

Seitenstück an dem einzelnen Bürger in seiner privatrechtlichen Sphäre; und diese Abgeschlossenheit und Autonomie des paterfamilias mußte von allen Rechtsbegriffen gerade den des „meum est ex jure Quiritium" am frühesten und klarsten zum Bewußtsein bringen.

Wir sehen den Römischen Staat und seine Kultur mit der absoluten Negation gegen alles Fremde beginnen. Aber in gleichem Schritte wie jener das Fremde als Unterworfenes umspannt, erschließt sich die Kultur, um die allgemeinen Strömungen in sich aufzunehmen; und den entsprechenden Gang beobachten wir in der Entwicklung des Rechts, dessen Schranken sich allmählig den milderen und freieren Anschauungen des jus gentium eröffnen. — Auch die Geschichte des Eigenthums zeigt uns nicht einen Fortschritt zur Starrheit und Abgeschlossenheit; wir finden nicht, daß der specifische Begriff des Römischen Eigenthums im Bewußtsein schärfer hervortrete oder mit strengerer Consequenz durchgeführt werde: sondern wir sehen, daß er an Bedeutung sowohl, wie Gehalt verliert, indem die jura in re aliena seinen Inhalt mehr und mehr durchlöchern, ja seinen öconomischen Werth partiell ersetzen, und neben dem „meum est" ein System biegsamer Rechtsverhältnisse sich bildet, die

eine totale Beherrschung der Sache mit fast gleicher Sicherheit begründen.

Mit dieser Anschauung der geschichtlichen Entwicklung des Eigenthumsbegriffs läßt sich jene von der Geschichte des Eigenthumsprocesses nicht vereinigen. Unserm oben aufgestellten Grundsatze gemäß würden wir aber unsere Anschauung rectificiren müssen, wenn wir genöthigt wären, als wahr anzuerkennen, was so allgemein von der Entwicklung des Eigenthumsprocesses behauptet wird; zugleich aber müßten wir Verzicht darauf leisten, bei der Römischen Nation in der Entwicklung seines Rechts und seiner übrigen Kultur ein Ebenmaaß zu erkennen.

Um diesen Preis schien es uns der Mühe werth, unsere specielle Frage noch einmal gründlich zu prüfen; und wer uns dabei zu folgen geneigt ist, wird finden, daß es uns nicht darum zu thun war, die Zahl der Hypothesen um eine neue zu vermehren; daß vielmehr unser Bestreben durchgehends dahin ging, die herrschenden Ansichten auf das Maaß der sicheren Quellenzeugnisse zurückzuführen.

---

§. 1.

Bei den zahlreichen Schriftstellern, welche sich in neuerer Zeit mehr oder minder ausführlich mit Erörterungen über die Legis actio sacramento und das Verfahren per sponsionem praejudicialem beschäftigt haben, tritt durchgängig die Meinung hervor, daß wir in jener älteren Prozeßform das Vorbild dieser jüngeren zu erkennen hätten. Man erklärt demgemäß das sacramentum für eine Wettsumme, und behauptet, daß, wie in dem durch sponsio praejudicialis eingeleiteten Verfahren der Richter nur über die Verpflichtung zur Zahlung der spondirten Summe zu entscheiden hatte, ebenso in dem Sacramentsprozesse die eigentliche und förmliche Aufgabe des Richters nur in der Entscheidung über die Frage, wessen Wette gut, wessen verloren? *) bestanden habe.

Es ist diese Auffassung der Legis actio sacramento mit besonderer Klarheit von Keller in seinem Epoche machenden Werke über die Litiscontestation hingestellt, und eine Begründung versucht worden durch Berufung auf die Analogie der sponsio praejudicialis, auf die große formelle Bedeutung des sacramentum und auf eine Stelle des Cicero (pro

*) Vrgl. statt Vieler Keller, Litis Contest. S. 189 ff. Desselben Civilprozeß S. 55 ff.

Caec. 33.) wo sich der Ausdruck: „sacramentum justum judicare“ findet. Sehen wir davon ab, daß inzwischen die Zahl der Stellen, welche für den erwähnten Ausdruck angeführt zu werden pflegen, allerdings vergrößert wurde, so werden wir behaupten dürfen, daß, seitdem jene Keller'sche Ansicht zwar herrschend, allein keineswegs durch neue Gründe von irgend welcher Erheblichkeit unterstützt worden ist. Vielmehr gilt sie im Allgemeinen als ein ausgemachtes Grunddogma für den römischen Prozeß und hat zur Begründung mehrfacher Theorien dienen müssen. *)

Wir haben uns von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht zu überzeugen vermocht. Wir halten namentlich den aus der angeblichen Analogie der sponsio praejudicialis hergenommenen Grund für verkehrt, und glauben vielmehr, daß der Sponsionsprozeß und die Legis actio sacramento zwei völlig disparate Institute sind, welche weder durch ihr juristisches Wesen, noch durch die geschichtliche Entwicklung des Römischen Prozesses zu einander in dem gewöhnlich behaupteten Verhältnisse stehen.

In der Vorrede zum Berliner Lectionscatalog für das Wintersemester 1850/51 hat Rudorff bereits darauf aufmerksam gemacht, daß es unrichtig sei, das Verfahren per sponsionem als einen Ueberrest der Legis actio sacramento zu betrachten. Es werden dort die Verschiedenheiten hervorgehoben: daß, während beide Partheien das sacramentum leisteten, dagegen die sponsio praejudicialis nur Eine Parthei zu einer Zahlung verpflichtete, und daß, während die summa sacra-

---

*) Man vergl. z. B. die neue Schrift von Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts, wo sie das Evangelium des ersten Abschnitts bildet.

menti dem öffentlichen Schatze anheimfiel, dagegen die summa sponsionis praejudicialis gar nicht einmal beigetrieben wurde; daß andererseits bei der sponsio poenalis der Sieger das Geld erhielt, während das sacramentum keiner Parthei zu Nutzen kam; sowie endlich, daß die summa sacramenti gesetzlich fixirt war, die Bestimmung der Sponsionssumme dagegen in der Hand der Partheien lag.

Wenn uns gleich die von Rudorff hieran geknüpfte Erörterung über das Wesen und den Zweck der sponsio praejudicialis in ihrem Resultate nicht richtig scheint, so meinen wir doch, daß die erwähnten Puncte zu einer nochmaligen Prüfung der Frage, mehr als bisher geschehen, hätten veranlassen müssen, da wir offenbar nicht berechtigt sind anzunehmen, daß jene evidenten Verschiedenheiten der in Rede stehenden Prozeßformen, reine Zufälligkeiten seien. Sie sind vielmehr von vornherein geeignet, erhebliche Bedenken gegen die Analogie zu erheben, auf welche die herrschende Theorie über die Legis actio sacramento gebaut ist.

Unsere Untersuchung wird sich zunächst auf eine Vergleichung des juristischen Wesens der Legis actio sacramento mit demjenigen des Verfahrens per sponsionem praejudicialem richten. Nachdem es uns, wie wir hoffen, gelungen sein wird, die gründliche und wesentliche Verschiedenheit dieser beiden Institute nachzuweisen, werden wir uns zu einer Betrachtung ihres historischen Verhältnisses wenden, und erkennen, daß das Verfahren per sponsionem praejudicialem in der Entwickelungsgeschichte des Römischen Prozesses keineswegs die ihr so allgemein und zuversichtlich angewiesene Stelle einnimmt.

I.

Vergleichung des juristischen Wesens der Legis actio sacramento und des Verfahrens per sponsionem praejudicialem.

§. 2.

Es ist eine bekannte Thatsache *), daß es bei den Römern seit den ältesten Zeiten Sitte gewesen, beliebige Streitfragen dadurch zum Gegenstande richterlicher Cognition zu erheben, daß man ihre Entscheidung vertragsmäßig zur Voraussetzung eines privatrechtlichen Anspruchs machte. Man hat die zu diesem Zwecke eingegangenen Contracte in neuerer Zeit häufig Wetten genannt; es ist indeß diese Bezeichnung nicht völlig treffend, da bei der Wette die Absicht der Partheien wesentlich auf Gewinn und Verlust gerichtet ist, während bei der altrömischen sponsio praejudicialis nur die Entscheidung über die Vorfrage den Zweck der Contrahenten bildet.

Die sponsio praejudicialis war ein bedingter **) Vertrag. In der strengen Form des Verbalcontracts verpflichtete sich der künftige Beklagte, seinem Gegner eine bestimmte Summe zu bezahlen, wenn die von Letzterem aufgestellte Behauptung

*) Vrgl. die vielen Belegstellen bei Keller, Semestria I. p. 6. ff.

**) Wir werden diese Bezeichnung auch künftig brauchen, obgleich man gegen ihre Correctheit Zweifel erheben könnte. Allerdings ist die Thatsache derentwegen spondirt wird, objectiv nicht ungewiß. Allein ihre Existenz haben wir auch keineswegs als die Bedingung der sponsio zu betrachten. In der That ist aber die Verpflichtung zur Zahlung der spondirten Summe von dem Ausfalle der Entscheidung des Richters oder von dem Gelingen des Beweises abhängig gemacht — und diese Thatsache ist allerdings eine in der Zukunft ungewisse.

sich als wahr erweisen würde. Es entstand also eine streng civile Obligation, für deren juristisches Wesen es zunächst gleichgültig war, welcher Art die thatsächliche Behauptung sein mochte, von deren Beweis man die Leistungspflicht abhängig gemacht hatte. Unter allen Umständen hatte der Kläger, sobald es zum Prozeß kam, sich als Creditor zu geriren und seinen Antrag darauf zu richten, daß der Beklagte, da die Bedingung seiner Verpflichtung erfüllt sei, zur Zahlung verurtheilt werden müsse. Die Vorfrage mochte sein, welche sie wollte: die Rechtsfrage im Prozeß konnte immer nur die Zahlungspflicht des Beklagten sein. Wenn daher auch den Partheien materiell nur daran gelegen war, ob es gelingen würde, den Beweis der scheinbar bedingenden Thatsachen zu führen, so mußte doch in den Augen des Gerichts die Frage über die Existenz des obligatorischen Anspruchs den Cardinalpunkt des Prozesses bilden.

Es kömmt nun darauf an, ob wir etwas Aehnliches in der Legis actio sacramento finden; denn nur, wenn wir dies bejahen müssen, kann von jener Analogie die Rede sein.

Zunächst ist, äußerlich betrachtet, anzuerkennen, daß das sacramentum ähnlich wie die sponsio als Mittel zur Einleitung eines Rechtsstreites erscheint. Gleichwie bei dem Sponsionsverfahren gesagt wird sponsione provocare, sponsione certare, sponsione lacessere u. s. w., so heißt es auch bei unserer Legis actio: sacramento provocare, sacramento agere, sacramento contendere u. s. w. *) Sponsion und Sacrament nehmen also, äußerlich angesehen, für die Vor-

*) Diese verschiedenen Wendungen finden sich Gai. 4. §. 12. 16. 93. 95. Cic. pro Caec. 32. in Verr. II, 3, 57. d. Orat. 1, 10. ad Div. 7, 32. in Pison. 23. in f. Val. Max. II, 8, 2. — VII, 7, 2.

bereitung des Rechtsstreits allerdings eine analoge Stellung ein; sollen sie aber auch für seine juristische Gestaltung von gleicher Bedeutung werden, so muß sich in ihnen ein und dasselbe juristische Element vorfinden.

1. Die Sponsion ist ein zweiseitiger Act, ein Vertrag, geschlossen durch Frage und entsprechende Antwort. — Das sacramentum ist nach gewöhnlichem Sprachgebrauch Nichts als eine Geldsumme von 500 oder 50 Aß; wir werden daher, wenn wir einen Vergleich ziehen wollen, diesen nicht an das sacramentum selbst, sondern nur an die Form und Modalitäten der Zusage oder Leistung der Sacramentssumme anknüpfen können.

Ursprünglich wurde, wie wir durch Varro wissen, das sacramentum von jeder Parthei baar (apud pontificem oder ad pontem) deponirt; der Sieger konnte sein Geld zurücknehmen, das des Besiegten floß ins Aerar. *) Als später an die Stelle baarer Hinterlegung die Versicherung durch praedes getreten war, mußte, wie Gaius berichtet, jede Parthei dem Prätor ihre praedes stellen; nur diejenige aber, welche unterlag, hatte nachher die Summe zu entrichten, welche dem öffentlichen Schatze zufiel. **)

In diesen Nachrichten erscheint die Bestellung des Sacraments als eine Handlung, welche von jeder Parthei einseitig, ohne Mitwirkung ihres Gegners vor dem Pontifex, später vor dem Prätor geschehen mußte. Eben Dasselbe bestätigen auch die uns überlieferten Wortformeln, sowie das ganze Ritual.

---

*) Varro d. L. L. ed. Müller V. §. 180. ed. Bip. p. 49.

**) Gai. 4. §. 13. — nam qui victus erat summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat, praedesque eo nomine praetori dabantur. Gai. 4. §. 16 — alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod in publicum cedebat.

Es heißt bei Gaius (4. §. 16) Deinde qui prior vindicaverat dicebat: „Quando tu injuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco"; adversarius quoque dicebat: „Similiter ego te."

Dem entsprechend sind die Formeln bei Valerius Probus, welche man gewöhnlich auf die persönliche Sacramentsklage bezieht:

„Quando negas te sacramento provoco."

„Quando ais, neque negas te sacramento quingenario provoco."

„Quando negat sacramento quaerito."

Unzweifelhaft ist es nach den gewöhnlichen Regeln der Grammatik nothwendig, die Worte „sacramento te provoco" so zu übersetzen: „ich fordere, rufe Dich auf durch Sacramentum." Danach hatte die Aufforderung an die Gegenparthei keineswegs die Bestellung des Sacraments zum Zweck, vielmehr ist dieses Geschäft von jeder Parthei für sich mit der Obrigkeit abzumachen und das Sacrament erscheint nur als das Mittel, durch welches man die Gegner wirksam zum Rechtsstreite aufruft und sich selbst den Rechtsweg eröffnet.

Statt dessen hat man gewöhnlich die provocatio sacramen*to* für eine provocatio *ad* sacramentum erklärt und man muß es sogar die herrschende Meinung nennen, daß eine Parhei die andere zur Sacramentsbestellung auffordere.

Wir dagegen, indem wir uns durch den grammatischen Sinn der Worte gebunden halten, nehmen an, daß in ältester Zeit jeder Litigant für sich bei jenen Provocationsworten die Summe baar deponirte; daß aber später, als die praedes die Stelle des baaren Depositum vertraten, die Sacramentsbestellung in dem Gebrauch jener Pro-

vocationsformel selbst lag, indem sich dadurch jede Parthei dem Aerar unmittelbar verhaftete.

Nur diese Ansicht macht es begreiflich, daß uns in den Beschreibungen des Rituals nirgends ein eigentlicher, besonderer Act der Sacramentsbestellung erwähnt wird. Und doch müßte ein solcher Act als wesentlicher Zweck der provocatio nachfolgen, wenn die gewöhnliche Erklärung richtig wäre. Nun berichtet uns Gaius zwar allerdings, daß zur Sicherheit für das sacramentum dem Prätor praedes gegeben seien zum Schlusse der ganzen Legis actio: daß aber die eventuelle Zahlungspflicht dem Aerar gegenüber besonders übernommen sei, wird uns nirgends erzählt. *) Wie sonderbar aber, daß das Ritual gerade für den Act keinen Raum enthält, welcher nach jener Erklärung das Ziel der Procedur sein mußte.

Außerdem aber müßte man nach jener Erklärung eine Antwort auf die angebliche Aufforderung erwarten, aus welcher Parthei und Obrigkeit erführen, ob der Gegner der ihm gestellten Zumuthung zu entsprechen geneigt sei. — Allein wir finden nur, daß von beiden Seiten gleichmäßig dieselbe provocatio sacramento ausgeht und daß damit die Legis actio wesentlich ihre Endschaft erreicht hat. Die angebliche provocatio *ad* sacramentum würde also als eine Zumuthung erscheinen, auf welche weder wörtlich noch thatsächlich eingetreten wird; als eine Anfrage, auf welche statt der Antwort eine gleichlautende Gegenfrage erfolgt.

Wir müssen aber wiederholen, daß es eine provocatio

---

*) Zwar nimmt Keller, Civilprozeß S. 54. 63. einen besonderen Act der Sacramentsbestellung an. Allein die dafür angeführten Belegstellen enthalten nichts Derartiges.

ad sacramentum gar nicht giebt *), vielmehr ist das Sacrament das Mittel, durch welches sich beide Theile den Rechtsweg eröffnen und in den Rechtsstreit rufen.

Forschen wir nach der Idee, welche diesem Institute des fernsten Alterthums zu Grunde liege, so wird es schwerlich gelingen, eine unumstößliche Erklärung derselben aufzustellen. Allein es sind uns dennoch so mannichfache Anhaltspunkte gegeben, daß es nicht zu kühn erscheint, wenn wir einen neuen Versuch wagen. **)

Wir gehen von dem wohl unbestrittenen Satze aus, daß die L. a. sacramento ihren **Ursprung** in einer Periode fand, wo das Privatrecht von einer Masse religiöser Elemente durch-

---

*) Es findet sich nach Forcellini in der ganzen Latinität ein einziges Beispiel, worin provocare aliqua re allenfalls durch „zu Etwas auffordern", übersetzt werden könnte. Es heißt nämlich bei Macrob. Sat. 1, 10. med.: Ferunt enim — aedituum Herculis — — Deum *tesseris provocasse.* Dieses isolirte, an sich immerhin zweideutige Zeugniß der spätesten Latinität kann jedenfalls für das Verständniß uralter Formulare keinen Ausschlag geben. — Man darf sich aber auch auf die Analogie des Ausdrucks „sponsione provocare" nicht berufen. Wie dies zu verstehen ist, geht aus folgender Stelle dentlich hervor: Gai. 4. §. 93. — provocamus adversarium *tali* sponsione: Si homo q. d. a. ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV. nummos dare spondes? — Die „Sponsio, qua adversarium provocamus" ist also die Anfrage **durch** welche, nicht das Versprechen, **zu** welchem der Gegner provocirt wird. Das Wort sponsio ist hier demnach gebraucht in dem engeren Sinne von stipulatio, einen Gebrauch, den auch Paulus 17. D. d. V. S. als zuläßig zu bezeichnen scheint.

**) Wir schließen uns im Folgenden zum Theil der Erklärung an, welche Huschke in seiner Recension der Schrift von Asverus, Ueber die l. a. sacramenti (Richter's Jahrb. Jahrg. 8. S. 672—677) gegeben hat: nur daß wir weder an einen Zweikampf, noch an eine Heiligung der Person mit Leib und Leben — und somit nicht an Huschke's Grundgedanken — glauben; obgleich sich für denselbeu neuerlich auch wieder Rudorff (in seinen gromatischen Institutionen §. 70. Röm. Feldmesser Bd. 2. S. 426) ausgesprochen hat.

wachsen und daher unter Anderm auch das innige Verhältniß der Pontifen zur Rechtspflege ein ganz naturgemäßes war. Aus den Anschauungen dieser Zeit werden wir unsere Erklärung zu construiren haben.

Das Wort sacramentum bezeichnet in seiner etymologischen, ursprünglichen Bedeutung Nichts als ein Mittel zur Weihe, das medium, durch welches man weiht. *) Wie das Object der Weihe, so kann auch das Mittel derselben ein verschiedenes sein. Das Eine dieser Mittel ist der Eid, die feierliche Anrufung der Gottheit, durch welche der Mensch sich selbst ihr weiht — und dieses gewöhnlichste Mittel führt vorzugsweise den Namen sacramentum. **) — Abweichend davon nach Form und Object, besteht ein anderes sacramentum darin, daß nicht der Mensch selbst, sondern ein Theil seines Vermögens durch Uebergabe in Priesterhand der Gottheit verpfändet wird — und dies ist unser sacramentum. Das Weihemittel, sacramentum im eigentlichen Sinne, ist die Deposition in sacro, apud pontificem, und in ganz natürlicher Weise ist der Name von der Handlung auf das Object derselben übertragen. ***)

---

*) Es ist gebildet von sacro, are, ganz ebenso wie z. B. ornamentum, velamentum, alimentum von ornare, velare, alere. — Vrgl. über sacrare und sacramentum Hartung, Religion d. Römer Bd. 1. S. 138 ff. Festus s. v. Sacer mons von den Worten „Gallus Aelius ait." — Macrob. Saturnal 3, 7.

**) Es scheint uns ein Fehler von Ihering (Geist des R. R. S. 265 ff.) zu sein, daß er bei seiner Erklärung der l. a. sacramento nicht auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes zurückgeht, sondern an die abgeleitete anknüpft. Wir glauben es uns daher erklären zu müssen, daß er gerade den Eid herbeizog, dessen er im Grunde für seine Anschauung gar nicht bedarf.

***) Eine naheliegende Analogie bieten die Worte fiducia, pignus u. s. w.

Es entspricht dem Character der ältesten Zeit vollkommen, daß man von Demjenigen, welcher einen Ausspruch über sein Recht und Schutz desselben begehrt, zuerst und vor Allem verlangte, daß er einen Theil des Seinigen den Göttern weihe, unter deren Schutz das Recht stand, deren Diener es bewahrten. In dem mystischen Begriff der Weihe liegt aber der Gedanke eingeschlossen, daß das geweihte Object den Göttern zu Rache und Strafe verpfändet sei. In diesem Sinne weiht der Schwörende sein Haupt und der Meineidige ist der göttlichen Rache verfallen (homo sacer); der Rechtsuchende aber weiht einen Theil seines Vermögens, damit er an diesem gestraft werde, wenn er unrechtlich die göttliche Hülfe in Anspruch nahm.

Es ist demnach der Act der Weihe für jede Parthei das Mittel, um sich den Rechtsweg zu eröffnen und zugleich den Gegner auf denselben zu rufen; und der praktische Zweck des sacramentum für die Partheien ist kein anderer, als der, sich die Befugniß zur Verfolgung und Vertretung ihres Rechts zu verschaffen. Eben daher erscheint denn auch die Sollemnität als eine Handlung, welche jeder Litigant für sich allein, in seinem eigenen Interesse vollzieht: denn Jedem muß gleichviel daran gelegen sein, daß sein Recht unter dem Schutze der Götter gewahrt werde.

Dieser Sinn der Sollemnität scheint uns für die Zeit unverkennbar, wo, wie wir annehmen, die Geldsumme in dem Augenblicke deponirt wurde, wenn jede Parthei ihre Provocationsformel sprach. *) Wir können für diese Zeit die Worte:

---

*) Es ist hier von der Zeit die Rede, wo die Rechtspflege in der Hand der Pontifen war. Puchta, Institut. Bd. 1. S. 141 ff. Ihering, Geist des R. R. Bd. 1. S. 212—268.

„Sacramento te provoco“ unbedenklich so paraphrasiren: „Indem ich hiemit die Weihe vollziehe, rufe ich Dich zum Rechtsstreite auf.“ — Daß der Character des Rituals später, als die Deposition weggefallen war, ein wesentlich anderer geworden sei, ist nicht zu vermuthen; aus der uns bekannten Aenderung folgt dies mindestens keineswegs. Allerdings ist einer späteren Periode jener religiöse Sinn schwerlich mehr bewußt gewesen. Vielmehr beweist das Entstehen anderer legis actiones, welche die älteste in ihrer ausschließlichen Gültigkeit beeinträchtigten *), daß man die Nothwendigkeit einer religiösen Weihe für bürgerliche Rechtshändel nicht mehr anerkannte. Es verschwindet die Mitwirkung des Pontifex und aus der geweihten Summe wird ein profanes Succumbenzgeld. Allein wie der Name blieb

---

*) Zwar vindicirt Keller (Civilproceß S. 71) der l. a. per judicis postulationem gleiches Alter mit der l. a. sacramento. — Wir können Dem nicht beipflichten, gestehen aber gerne, daß in dieser Frage einstweilen von directen Beweisen weder für, noch gegen die Rede sein könne. Die Ansicht wird sich vornämlich danach richten, welche Anschauung von dem Entwicklungsgang des Röm. Rechts sich bei Jedem ausgebildet hat. Von diesem Standpunkte aus müssen wir bekennen, daß uns die ganze Entwicklung des Röm. Rechts unbegreiflich wäre, wenn schon die älteste Rechtspflege das „mite, moderatum“, neben dem „directum, asperum, simplex“ in solchem Umfange anerkannte, daß sie sogar ein eigenes processualisches Organ dafür schuf. Es scheint uns das durchstehende Gesetz der Geschichte des Röm. Rechts zu sein, daß sie, auf allen Punkten mit dem Einfachen und Strengen beginnend, sich erst allmählich zur Entwicklung und zum Kampfe der Gegensätze fortbewegt. — In engem Zusammenhange hiemit stehen die Fragen, welche neuerlichst von Dr. Bekker in seiner Recension der neu edirten Agrimensoren (krit. Zeitschr. Heft 5 S. 441 ff.) angeregt sind. Die dort gegebenen Andeutungen sind geeignet, unser lebhaftes Interesse und den Wunsch nach einer baldigen näheren Ausführung zu erwecken. — S. auch Dr. Dernburg's Recension von Keller's Civilproceß in demselben Heft S. 471. Die dort angeregten Zweifel hinsichtlich der fiducia scheinen uns aber nicht nothwendig. Unzweifelhaft beruhte die Kraft der fiducia auf dem

und wie sich die alte Tradition in der Bestimmung des Geldes für die sacra *) conservirte: so erhielt sich auch seine juristische Bedeutung als eines sollemnen Mittels zur Eröffnung des Rechtsweges. Und diese Sollemnität war vollzogen in dem Augenblicke, wo der Streitende mit den alten Formeln erklärte, daß er sacramento provocire, indem er dadurch kraft allgemeiner traditioneller Satzung sich für den Fall des Unterliegens zum Verluste der gesetzlich normirten Summe verhaftete. Eben daher wird uns zwar wohl berichtet, daß wegen dieser Haftung dem Prätor reelle Sicherheit durch praedes geleistet sei, nirgends aber findet sich erwähnt, daß die Litiganten die eventuelle Zahlungspflicht ausdrücklich übernommen hätten.

2. Wir sehen also, daß die der L. a. sacramento zu Grunde liegende Idee, soweit sie sich in der Sollemnität des Sacraments ausspricht, mit der sponsio gar Nichts gemein hat.

Bliebe man aber auch dabei an eine provocatio *ad* sacramentum zu glauben, so müßte man doch, um auch nur formell eine Analogie zwischen dieser und der sponsio construiren zu können, sich die Procedur so vorstellen, als fordere der Eine den Andern auf, die Zahlung einer Summe für den Fall des Unterliegens zu versprechen, und als werde dies Versprechen in der That an den Gegner geleistet. Man würde auf diese Art aus den Sollemnitäten des Sacramentsprocesses einen der

Satz der XII Taf. über die nuncupatio. Was aber die XII Taf. für „jus" erklären, ist doch wohl jus strictum, oder, um Keller's Worte zu brauchen, „objectiv feststehendes Recht." Daß die a. fiduciae schon lange vor Cicero bonae fidei war, entscheidet für die älteste Zeit, von welcher wir reden, nicht. Sie hat diesen Character gewiß frühzeitig angenommen, weil sie eine Anzahl von Geschäften umfaßte, welche, wie irgend andere, eine freiere Behandlung verlangten.

*) Festus s. v. Sacramentum aes.

sponsio allenfalls vergleichbaren zweiseitigen Act herausfinden. Es fragt sich nur, ob diese Vorstellung einen haltbaren Boden in dem uns überlieferten Ritual findet. Man wird aber gestehen müssen, daß z. B. die Worte: „quando tu injuria vindicavisti — sacramento te provoco“ unmöglich bedeuten können: „ich fordere Dich auf ein Sacrament zu versprechen für den Fall, daß Du mit Unrecht vindicirt haben solltest“ *), und daß noch viel weniger die Formel: „Quando ais, neque negas, sacramento te provoco“ in einem ähnlichen Sinne gedeutet werden kann. — Wo aber bleibt außerdem die Antwort, die bedingte Zusage, welche doch die Hauptsache sein müßte, sowohl für die Vollendung der Procedur, wie namentlich auch für die Vergleichung mit der sponsio?

Allein wir wollen uns der viel wesentlicheren innern Seite der Sache zuwenden.

Die Sponsion, als ein zwischen den streitenden Theilen geschlossener Contract, schafft unter ihnen ein neues Rechtsverhältniß. Der Beklagte übernimmt bedingungsweise die Pflicht der Zahlung einer Summe an den Kläger — und der Kläger erwirbt ein bedingtes Recht auf die Zahlung.

Treffen wir etwas Aehnliches an in der l. a. sacramento?

Wir werden dies von vornherein verneinen, wenn wir die hier vertheidigte Auffassung des Sacraments festhalten. Allein selbst wenn wir annehmen, daß eine Parthei die andere „ad

---

*) Die Möglichkeit dieser Uebersetzung muß indeß z. B. Wetzell (Vindicationsproceß S. 44.) annehmen, wenn er den Sacramentsproceß ohne Bedenken so construirt: „Es fordert eine Parthei wechselsweise die andere auf, die Sacramentssumme unter der Bedingung zu versprechen, daß ihre (der Gegenparthei) Intention nicht zu Recht bestehe.“

sacramentum“ provocire, so werden wir doch zugestehen müssen, daß hier von der Entstehung eines neuen Rechtsverhältnisses zwischen ihnen nicht die Rede sei. Denn nicht dem Kläger gegenüber verpflichtet sich der Beklagte die summa sacramenti zu bezahlen, noch umgekehrt; keiner Parthei erwächst ein auch nur eventuelles Recht an das sacramentum der andern; es werden daher auch nicht ihr, sondern dem Magistrate die praedes gestellt, weil nur das Aerarium einen Anspruch auf die Summe des Unterliegenden hat.

Es ist nun aber gerade der Zweck der sponsio praejudicialis ein Rechtsverhältniß zwischen den Partheien zu begründen, damit die darauf beruhende juristische Frage der formelle Gegenstand des Processes werde.*) Denn wie Gaius (4. §. 93.) uns berichtet, macht der Kläger in dem durch Sponsion eingeleiteten Verfahren sein contractliches Recht geltend mit der intentio: „adversarium nobis dare oportere sponsionis summam.“

Auf diesem durch die intentio vorgeschriebenen Wege muß die weitere Verhandlung fortgeschritten sein**), indem das bedingte Forderungsrecht des Klägers für das ganze Verfahren der formelle und juristische Gegenstand blieb.

Etwas Aehnliches ist bei dem Sacramentsprocesse gar nicht denkbar, eben weil eine neue juristische Frage zwischen den Partheien nicht entstanden ist. Oder welcher Art sollte dieselbe sein?

---

*) Gai. 4. §. 94. — propter hoc solum fit (sponsio) ut per eam de re judicetur.

**) Gai. 4. §. 93. — deinde formulam edimus qua intendimus sponsionis summam nobis dare opertere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.

Daß der Beklagte schuldig sei die summa sacramenti ihm zu bezahlen, kann der Kläger nicht behaupten; denn ihm ist Nichts versprochen und nicht er, sondern das Aerar hat einen bedingten Anspruch. — Sollte aber der Kläger etwa das Recht des Aerars vertreten? Die Monstrosität dieses Gedanken wird am deutlichsten, wenn man sich erinnert, daß ja das Aerar keineswegs gegen Eine bestimmte Parthei, sondern vielmehr gegen alle beide einen eventuellen Anspruch hat; daß also der Beklagte ebenso gut wie der Kläger sich als Vertreter des Aerars ansehen müßte, und daß demnach das Aerar durch zwei Procuratoren einen Proceß mit sich selbst führen würde!

Wenn nun im Verfahren per sponsionem gerade das aus diesem Vertrage entsprungene Rechtsverhältniß das juristische Element des Processes bildet *), durch das sacramentum hingegen ein Rechtsverhältniß zwischen den Partheien gar nicht geschaffen wird: so ist nicht einzusehen mit welchem Grunde man behaupten kann, daß in der L. a. sacramento nicht um das eigentlich verfolgte Recht, sondern ebenso wie bei dem Sponsionsprocesse um eine neue, andere Rechtsfrage gestritten werde. — Man pflegt zu sagen, die zu entscheidende Frage sei nur: „utrius sacramentum justum sit." **) Allein man würde sich sehr täuschen, wenn man dies für eine juristische hielte; es ist vielmehr nur eine Frage nach dem secundären practischen Erfolg, welche nicht an sich, sondern nur durch Entscheidung einer Rechtsfrage gelöst werden kann. Ebenso wird es heutzu=

---

*) Gai. 4. §. 94. — propter hoc solum fit (sponsio) ut per eam de re judicetur.

**) Vergl. z. B. Keller, Civilproceß S. 55.

tage da, wo Succumbenzgelder vorkommen, von Erheblichkeit sein, wer dasselbe einbüßen werde: allein es wird Niemand behaupten wollen, daß dies die juristische Frage sei um welche sich der Proceß dreht. — Der Sponsionsproceß dagegen ist gerichtet auf die Entscheidung über die Zahlungspflicht des Beklagten, deren Rechtsgrund das juristische Element des ganzen Processes ist. Der Vertrag ist ein bedingter und daher wird die Zahlungspflicht abhängen von der Existenz der Bedingung: allein das Mittelglied zwischen der Bedingung und der Zahlungspflicht, der Vertrag selbst, ist eben der eigentliche Knotenpunkt des ganzen Rechtsstreites und gerade an diesem Mittelgliede, dieser neu geschaffenen Rechtsfrage fehlt es in der L. a. sacramento.

Es ergiebt sich demnach die Unmöglichkeit, daß in der L. a. sacramento eine andere Rechtsfrage als die eigentliche und hauptsächliche den formellen Gegenstand des Processes ausmachen könne; vielmehr muß, wenn z. B. ein Streit über das Eigenthum schwebte, nur dieses Recht allein und unmittelbar dem Richter zur Untersuchung und Entscheidung vorgelegen haben. Der Ausspruch über den sacramentum schloß sich hieran als secundärer.

Wenn nun aber dieses Resultat, welches den behaupteten Parallelismus zwischen dem Sponsionsverfahren und der L. a. sacramento in seinem Grunde aufhebt, richtig ist, so müssen sich die Consequenzen im Einzelnen erkennen lassen und wir werden im Folgenden versuchen dieselben nachzuweisen.

§. 3.

Daß der juristische Cardinalpunkt des Verfahrens per sponsionem praejudicialem nur das durch den Verbalcon=

tract begründete persönliche Recht ist, zeigt sich vor Allem in der intentio der Formel, welche nach Gaius*) auf dare oportere lautete. Es wird also ausschließlich eine persönliche Klage**) in dem Processe verhandelt und für seine juristische Gestaltung ist es gleichgültig, welche Vorfrage zur Bedingung der spondirten Pflicht gemacht ist: der Sponsionsproceß ist derselbe, mag die Existenz eines dinglichen Rechts oder eine beliebige andere Thatsache zwischen den Partheien streitig sein.

Auch bei der Legis actio von einer intentio***), oder einem Analogon derselben zu reden, unterliegt keinem Bedenken. Setzen wir die Wörter „Legis actionis" an die Stelle des Worts „formulae" so weist uns die Definition des Gaius (4. §. 41.) „Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit" ganz auf den rechten Weg, um die intentio in den Formularien der Legisactionen herauszufinden. Wir werden aber noch weiter gehen dürfen zu der Annahme, daß, wie sich actio in rem und in personam vor Allem durch die intentio unterscheiden, so auch diejenigen Legisactionen welche dingliche Rechte verfolgen, in der intentio wesentlich von den für persönliche Rechte bestimmten, abgewichen sein müssen.

Auch mit unserer Legis a. sacramento ist es nicht anders; denn nur dadurch war sie sowohl für dingliche, wie für persön-

*) Gai. 4. §. 93. Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: Si homo quo de agitur ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV. nummos dare spondes? deinde *formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere.* —

**) Gai. 4. §. 2. 3. 4.

***) Vergl. z. B. Keller, Proceß S. 53. 166.

liche Klagen brauchbar, daß in den Rahmen ihres Rituals je nach dem Bedürfniß bald eine persönliche, bald eine dingliche intentio eingefaßt werden konnte. Es wird daher allgemein auch angenommen, daß es außer dem uns von Gaius (4. §. 16.) erhaltenen Formular für dingliche, noch ein anderes mit anderer intentio für persönliche Sacramentsklagen gegeben habe. *)

Wir fragen nun zuvörderst, wie sich diese unbezweifelte Annahme mit der herrschenden Ansicht über die L. a. sacramento reimen lasse? Wenn bei dieser gar nicht das eigentlich verfolgte Recht, sondern eben wie bei der sponsio praejudicialis eine andere Frage, und nur „darin eingewickelt" **) jenes zum Entscheide gebracht wurde: wozu war denn bei der Legis actio sacramento die intentio nach der verschiedenen Art jenes Rechts eine verschiedene? Warum ist es in diesem Puncte ganz anders bei dem Verfahren durch *sponsio praejudicialis*, wo die intentio ungeändert eine persönliche bleibt, wenn auch das eigentlich verfolgte Recht ein dingliches ist? — Wir wüßten nicht was uns hierauf von dem Standpunkte der Gegner aus geantwortet werden könnte.

Nach dem, was wir im vorigen §. ausgeführt haben, ergiebt es sich dagegen als eine Nothwendigkeit, daß die dingliche Sacramentsklage eine andere intentio haben mußte als die persönliche: denn es ist ja nichts Anderes als das dingliche und persönliche Recht selbst, welches unmittelbar, formell

---

*) Die Versuche letzteres zu construiren weichen im Einzelnen von einander ab. Vergl. z. B. Heffter ad Gaii Comm. IV. §. 14. Puchta Verisimil. II. (kl. Schriften S. 364.) Keller S. 38, welcher, wie uns scheint, mit Recht, die Formel des Valer. Probus: „ajo te mihi dare oportere" hierher bezieht.

**) Keller Proceß S. 106.

und materiell den Inhalt des Processes bildet. Und dies findet seine Bestätigung in dem Formular der Vindication.*) Qui vindicabat, heißt es bei Gaius, dicebat: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo," Worte die man schwerlich anders wird verstehen wollen als die intentio **) der formula petitoria: „Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse." Man sieht nicht wie es möglich sein könnte, ein dingliches Recht deutlicher zu behaupten, als es in jenen Worten der Legis actio geschieht.***) Und dennoch sollte dies in der intentio behauptete dingliche Recht am Ende gar nicht der Gegenstand des Processes sein? Man nimmt dies an, der vermeintlichen Analogie zu Liebe, allein man übersieht, daß diese sich selbst widerlegt: denn im Verfahren per sponsionem giebt die intentio die Rechtsfrage an, um die sich der Proceß formell dreht — und die materielle Frage bleibt unerwähnt; hier dagegen soll, wie man behauptet, die Rechtsfrage welche die intentio angiebt nicht den formellen Gegenstand des Processes bilden, sondern eine andere, welche unerwähnt bleibt?

Wie verträgt sich dies mit der vermeintlichen Analogie und was ist am Ende die in der L. a. sacramento zu verhandelnde Rechtsfrage, wenn es nicht die in der intentio begriffene sein soll?

*) Gai. 4. §. 216.

**) Gai. 4. §. 3. 41. 92.

***) Dieser Ansicht scheint auch der redliche Gripus im Rudens (IV. 3. v. 85.)

— Neque ego istas vostras leges urbanas scio,
Nisi quia, „hunc meum esse," dico!

und ebenso meint Cicero (pro Murena 12.), daß das Wesentliche der Legis actio recht gut mit den Worten „Fundus Sabinus meus est: immo meus" hätte abgemacht werden können. Gai. 2. §. 194. — vindicare — id est intendere rem suam ex j. Q. esse.

Allein nicht bloß die Worte der intentio beweisen, daß im (dinglichen) Sacramentsprocesse recht eigentlich das dingliche Recht selbst formell und materiell der Gegenstand des Streites war; sondern es wird dies bestätigt auch durch die ganze Formalität der *vindicatio.* Wozu sollte die Anwesenheit der Sache und das manus conserere dienen, wenn nicht eben dazu, um den vorhandenen und jetzt zum Austrag zu bringenden Rechtsstreit, in einer dem ältesten Rechtsleben entsprechenden plastischer Form thatsächlich darzustellen? In der That wäre dies Ritual eine sinnlose Grimasse, wenn sich hinterher der Proceß gar nicht um das Eigenthum, sondern um eine persönliche Pflicht drehte; und es ist nicht einzusehen was uns zu dieser Annahme berechtigt, da kein Umstand vorliegt, welcher verhinderte, daß sich an die vindicatio ein judicium über das dingliche Recht anschloß. *)

Wir fragen ferner: was sollte das *vindicias dicere* nach der provocatio sacramento, wenn in Folge dieser die Klage mit einem Male persönlich wurde?

In die Gestaltung eines dinglichen Processes paßt jene prätorische Verfügung vollkommen. Um den zwischen den Partheien begonnenen gewaltsamen Streit zu beseitigen, hebt der Prätor durch das Mittite ambo! den ganzen thatsächlichen Zustand auf und leitet die Sache auf den Rechtsweg hinüber. Keiner von Beiden soll hinfort aus eigner Machtvollkommenheit sein vermeintliches Recht ausüben und bis nach ausgemachter Sache bleibt Alles in suspenso. Für die Dauer des Rechts=

*) Man hat dagegen zwar häufig einen scheinbar historischen Grund aus dem Verfahren per sponsionem hergenommen. Daß dieser indeß völlig nichtig ist, werden wir unten zeigen.

streits aber wird durch das imperium des Prätor ein interimistischer Zustand geschaffen: praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est *interim* aliquem possessorem *constituebat.* *) Der Besitz welchen der Prätor hier verleiht, ist seiner Natur nach interimistisch, hat weder im Zwecke, noch im Grunde etwas Definitives; die ganze Verfügung ist nur motivirt durch die vorhergegangene Aufhebung der thatsächlichen Verhältnisse; ginge das mittite ambo! nicht voraus, so könnte der Prätor zwar wohl erklären, wer Besitzer sei und wer das Recht habe zu besitzen: er wäre aber nicht befugt nach Gutdünken den Einen zum Besitzer interimistisch zu constituiren.

Wenn nun aber in unserer Legis actio das dingliche Recht gar nicht der Gegenstand des Processes wäre, sondern eben wie bei der sponsio praejudicialis eine Zahlungspflicht zur Frage stünde: worin läge dann die Veranlassung für den Prätor eine Verfügung über die Ausübung eines dinglichen Rechts zu treffen? Griffe der Magistrat dadurch nicht in ein Verhältniß ein, welches seiner Cognition gar nicht unterliegt? Decretirte er nicht über eine Frage, die gar nicht zu der Sache gehört, für welche er ein judicium zu ordiniren hat?

Wie wir in dem Verfahren per sponsionem, selbst dann wenn es wegen eines dinglichen Rechts eingeleitet ist, die vindicatio nicht antreffen, so ist dort auch von einer dem vindicias dicere analogen Verfügung niemals die Rede. **) Es liegt dies in der Natur der Sache. Denn für die Gestaltung

---

*) Gai. 4. §. 16.

**) Allerdings meint dies Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts (Stuttgart 1852) S. 37, wo sich die Behauptung findet, es sei das Verfahren per sponsionem von der Legis actio sacramento im Wesentlichen durchaus nicht, und namentlich auch insofern nicht abge-

des Processes ist es ganz gleichgültig, welcher Art die Frage sei, wegen deren spondirt worden; sie ist niemals etwas Andres als die Bedingung von deren Existenz das Recht des Klägers abhängt und diese ihre juristische Stellung zu der Rechtsfrage kann durch ihre practische Bedeutung für die Partheien nicht geändert werden. Es hat daher der Prätor dasselbe Verhalten zu beobachten, wie bei jeder andern persönlichen Klage; und sowenig er sonst Verfügungen zu treffen hat über thatsächliche Verhältnisse, welche außerhalb der ihm vorgetragenen Rechtsfrage liegen: ebensowenig kann es ihm hier beikommen bei Gelegenheit einer persönlichen Klage einen interimistischen Besitzstand zu reguliren.

Wir haben behauptet, daß bei dem Verfahren per sponsionem von der Verleihung der Vindicien niemals die Rede sei und darauf hingewiesen, wie dies mit der juristischen Natur dieser processualischen Form in nothwendigem Zusammenhang stehe. Da indeß nirgends von den Quellen diese unsere Ansicht ausdrücklich erklärt wird, so ist es um so nothwendiger hier auf die, der unsern entgegengesetzte Ansicht von Wetzell näher einzugehen.

Wetzell (Vindicationsproceß S. 74. ff.) ist der Meinung, daß die Verleihung der Vindicien auch im Sponsionsprocesse vorgekommen sei. Auf einem positiven Zeugnisse beruht

---

wichen, als auch im Sponsionsproceß die Vindicien ertheilt wurden. Dies soll sogar irgendwo als die nächste juristische Veranlassung zur „*satisdatio* durch *praedes l. v.*" berichtet werden. Wir wissen weder, daß bei der sponsio praejud. eine satisdatio „durch praedes" vorkommt — denn auch die von R. citirte Stelle Cic. in Verr. II., 1., 45, spricht von satis accipere *pro* praede l. v. — noch auch wo sich jener Bericht findet. Was hier sonst noch zu bemerken wäre, wird passender unten gegen die Beweisführung Wetzell's vorgebracht werden.

auch diese Meinung nicht und es sind daher nur die von Wetzell angeführten indirecten Beweise zu prüfen.

Zuerst sucht Wetzell den Zweifel zu beseitigen, welcher hergenommen werden könnte aus Gell. 20, 10. wo es heißt „In jure manum consertum“ verba sunt ex antiquis actionibus, *quae cum lege agitur et vindictae contenduntur,* dici nunc quoque apud praetorem solent.“ Es wird dagegen bemerkt, daß die Ertheilung des Besitzes auch ohne jene symbolische Behauptung desselben durch „manus consertae“ gedacht werden könne. — Die Richtigkeit dieses Satzes als abstracter Reflexion müssen wir zugeben; dagegen bezweifeln wir, daß das vindicias dicere ohne vorhergegangenes manus consere wirklich vorgekommen sei, wenn auch die citirte Stelle des Gellius nur ein schwaches Argument dafür enthält. Allein wir wollen darüber nicht rechten, sondern uns zu Wetzell's selbstständigen Gründen wenden.

„Cicero macht“, wie Wetzell sagt, „dem Verres einen Hauptvorwurf daraus, daß er in seinem Edicte die Verpflichtung zur Sponsionsleistung einfach an den Besitz geknüpft habe, ohne der Frage Raum zu lassen, wer denn Besitzer sein müsse.“ — Die betreffende Stelle lautet:

Cic. in Verr. II., 1. §. 45.

Ex edicto urbano. „Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet.“ Iam quid ad Praetorum, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo: quia possessor est, non moves possessione; si possessor non esset, non dares.

Nach Wetzell's Auffassung denkt also Cicero in dieser Stelle nur an den interimistischen Besitz während des Processes

und er sieht das Unrecht des Verres nur darin, daß er sich durch das Edict die Möglichkeit nehme für die Dauer eines durch *sponsio praejudicialis* eingeleiteten Erbschaftsstreites den Besitzstand zu reguliren oder nach seinem Ermessen die Vindicien zu ertheilen.

Bleiben wir zunächst hiebei stehen, so bemerken wir leicht, daß wir uns hier einem Anhänger der Fabricius'schen Ansicht über die Entstehung der bonorum possessio gegenüber befinden und zwar haben wir es gerade mit derjenigen Stelle zu thun, auf welche jene Meinung gebaut ist. Wir sind, um nur überhaupt in Wetzell's Gedanken eingehen zu können, genöthigt nicht nur an jene Entstehung zu glauben, sondern namentlich auch anzunehmen, daß noch zu Cicero's Zeit die bonor. poss. Nichts war, als ein processualisches Institut. — Wir können uns auf diese Streitfrage hier natürlich nicht tiefer einlassen und müssen uns begnügen auf die Wiederlegungen von Huschke, Danz und Leist*) zu verweisen.

Allein man kann Fabricius Ansicht über die bon. poss. theilen, ohne darum Wetzell's Beweisführung anzuerkennen. Neu nämlich ist es, daß in dem Edicte des Verres „von einer Verpflichtung zur Sponsionsleistung" die Rede sein soll — wofür der Beweis, wenn er überhaupt möglich, jedenfalls noch beizubringen wäre. Richtig verstanden sind die Worte „Si possessor sponsionem non faciet" die Ueberschrift eines Edictstitels und heißen: „Wenn der Besitzer keine Sponsion machen will"; es ist also von einem Falle die Rede, wo

---

*) Huschke's Recension in Richters Jahrb. dritter Jahrg. S. 6 — 11. Danz, Rechtsgesch. Bd. 2. S. 49. Leist, Bonor. poss. Bd. 1. S. 121 — 134.

dem Sponsionsprocesse ausgewichen wird. Cicero tadelt dabei weiter Nichts, als daß Verres, anstatt Grundsätze über die Verleihung der bonor. poss. aufgestellten, ohne Weiteres eine possessio anerkenne. Daß er dagegen von Verleihung der Vindicien in einem begonnenen Sponsionsprocesse rede, ist eine unmotivirte Supposition.

Am schwächsten scheint uns Wetzell's letzter Grund zu sein. Er soll liegen in einer Nachricht der classischen Juristen über das Verfahren per formulam petitoriam, wornach es dieser eigenthümlich, daß ein judex untersucht, ob der Verklagte besitze. Diese Stellen sind:

l. 9 pr. D. d. rei vind. (Ulpian.)
Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat.

l. 36 pr. D. eod. (Gaius)
Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituas actionem possessor sit, vel dolo desiit possidere.

Aus diesen Stellen wird a contrario argumentirt: „folglich war es bei den übrigen Einleitungsformen Sache des Prätors, über den Besitz zum Voraus eine Verfügung zu treffen".

Eine argumentum a contrario ist in den meisten Fällen bedenklich; das vorliegende aber ist mehr als bedenklich, es ist vollkommen verfehlt. Denn aus dem Satze, daß es der formula petitoria eigenthümlich sei, daß der judex untersuche, wer Besitzer sei*), folgt a contrario weiter Nichts, als, daß bei

*) Wir wollen es dahingestellt sein lassen ob dieser Satz aus jenen Stellen abstrahirt werden kann. — Daß Gaius u. Ulp. in jenen Stellen an einen Gegensatz gedacht haben, ist unerweislich und unwahrscheinlich. Demnach beruht die Zulässigkeit des argum. a contr. überhaupt auf einer grundlosen Supposition.

den andern Proceßformen der judex dies nicht untersucht. Ueber die Gründe dieser Verschiedenheit ergiebt sich dagegen gar Nichts, es folgt nicht einmal, daß in den andern Fällen der Prätor untersuche wer Besitzer sei — am allerwenigsten aber folgt, daß der Prätor einen Besitzer constituire oder „zum Voraus eine Verfügung über den Besitz treffe." — Allerdings glauben wir, daß der judex bei der Klage per sponsionem nicht zu untersuchen hat, wer Besitzer sei: der Grund ist aber einfach der, daß er es mit einer persönlichen und nicht mit einer dinglichen Rechtsfrage zu thun hat.

Wetzell's Beweisführung können wir demnach keineswegs als gelungen betrachten; wir werden vielmehr unbedenklich bei dem Satze bleiben dürfen, welcher sich uns aus der Natur des Sponsionsprocesses ergab und von keinem Quellenzeugnisse auch nur mittelbar erschüttert wird.

§. 4.

In der Betrachtung unserer Legis actio verweilten wir bisher bei dem Rituale und der intentio. Wenn wir daraus erkannten, daß nur das dingliche Recht selbst, und nicht wie im Sponsionsproceß eine andere Rechtsfrage den formellen Gegenstand des Processes ausmachen könne, so muß sich als Consequenz ergeben, daß auch nur das dingliche Recht und kein anderes in judicium deducirt wurde.

Wir glauben diese Consequenz unabhängig von den Vorhergehenden beweisen zu können; wenn aber dies gelingt, so wird dadurch unserm Hauptsatze eine wesentliche Stütze gegeben indem ein vollgültiger Rückschluß gestattet ist.

In einer bekannte Stelle des Gaius (4. §. 107. 108.) heißt es:

— si vero in rem, vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est, rei judicatae vel in judicium deductae. Alia causa fuit *olim legis actionum*: *nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat*, nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

So viel uns bekannt ist dieser Bericht von jeher *) dahin verstanden worden, daß im Legisactionen-Processe alle Klagen, auch die dinglichen, ipso jure consumirt worden sind. Wie aber wäre dies möglich gewesen, wenn das dingliche Recht gar nicht selbst in judicium deducirt wäre?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß im Formularprocesse die formula und in dieser vornämlich die intentio darüber entscheidet, welches Recht von der processualischen Consumtion betroffen wird — welches Recht als in judicium deducirt anzusehen sei. In Anwendung auf das Verfahren per sponsionem praejudicialem folgt daraus, daß nur das persönliche Recht consumirt wird: denn die Formel enthält ja nur die intentio: „sponsionis summam nobis dare oportere." **)

*) Zu erwähnen dürfte hier nur sein die Ansicht, welche Dr. Römer in seinem „Erlöschen" andeutet (S. 9) und gegen die Angriffe des Dr. Bekker (krit. Zeitschr. Heft 3. S. 256) neuerlichst in Schutz nimmt (in einer Anti-Kritik, krit. Zeitschr. Heft 4 S. 398 : daß es schon im Legisactionenprocesse eine exc. rei judicatae gegeben habe. Wenn Prof. Römer in der Anti-Kritik sich mit Recht auf Savigny u. Keller gegen die Meinung, daß zur Zeit der l. a. gar keine exceptiones vorkamen, beruft, so bezweifeln wir doch, daß jene Autoritäten auch diese neueste Anwendung ihres richtigen Satzes zu vertreten geneigt sein dürften. Trotz jener Antikritik scheint uns die Frage des Dr. Bekker: ob uns denn Gai. IV. §. 108. schon wieder verloren? immer noch nicht aus dem Wege geräumt.

**) Gai. 4. §. 93.

Wie wurde nun von hier aus die Beziehung zum dinglichen Recht vermittelt? — Es fragt sich zuvörderst, ob es vorkommen konnte, daß ein schon abgeurtheiltes dingliches Recht zwischen denselben Partheien nochmals durch Sponsion zum Streitgegenstand gemacht wurde? Wir wollen die Untersuchung auf gelegneren Ort verschieben und hier den Fall setzen es hätten dieselben Partheien zum zweiten Male eine sponsio praejudicialis über ein dingliches Recht geschlossen: wie konnte sich jetzt der Beklagte gegen nochmalige Entscheidung derselben Sache schützen?

Zunächst steht soviel fest, daß die actio nicht denegirt werden konnte. Denn ipso jure consumirt war ja nur das persönliche Recht aus der früheren sponsio; jetzt aber lag ein neuer Contract und damit ein neuer Rechtsgrund vor. Das dingliche Recht aber war gar nicht in judicium deducirt gewesen; und wäre es dies auch: im Formularproceß fand ja die Consumtion ipso jure auf dingliche Rechte keine Anwendung. — Es leuchtet daher ein, daß hier nur durch eine exceptio zu helfen war.

Nimmt man nun an, es sei in der L. a. sacramento ähnlich wie im Verfahren p. sponsionem ebenfalls eine andere actio als die dingliche in judicium deducirt worden, so hätte die ipso jure eintretende Consumtion natürlich auch nur diese und nicht das dingliche Recht betreffen können. Im Formularproceß konnte diesem Uebelstande allenfalls durch eine exceptio, die der Prätor sachgemäß ertheilen mogte, abgeholfen werden. Wie aber zur Zeit der Legisactionen, wo es die exceptio rei in judicium deductae nicht gab? Welches Mittel war zu ergreifen um zu verhüten, daß nicht zum zweiten Male über dasselbe dingliche Recht zwischen denselben Partheien processirt

würde? Und doch war das actum agere von Alters her verpönt! *)

Der obige Ausspruch des Gaius ergiebt nun aber auch, daß das dingliche Recht selbst es gewesen, welches *ipso jure* consumirt worden: denn gerade hierin liegt einer der Gegensätze, welchen er im Vergleiche zum Processe seiner Zeit hervorheben will. Wir dürfen aber hieraus mit Sicherheit folgern, daß auch das dingliche Recht selbst in judicium deducirt wurde.

Es mag hier dahin gestellt bleiben wie weit der Begriff der processualischen Consumtion schon im Legisactionenprocesse entwickelt war. Seinem materiellen Gehalte nach ist er deutlich genug erkennbar und wir haben daher kein Bedenken getragen auch den technischen Namen der spätern Jurisprudenz zu gebrauchen. Wollen wir uns aber auch an die Worte binden, mit welchen Gaius die Sache in obiger Stelle bezeichnet, so können wir sagen: die Regel: „qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat", setzt in Anwendung auf das dingliche Recht voraus, daß es selbst auch unmittelbar das Object der actio gewesen sein müssen, denn nur unter dieser Voraussetzung kann gesagt werden „de ea re actum est", es ist Gegenstand des Processes gewesen.

Erinnern wir uns zum Schluß an Dasjenige, welches oben über die intentio bei der alten Vindication gesagt worden ist, so erkennen wir hier dieselbe Regel wieder, welche im Formularproceß das Verhältniß der intentio zu dem Objecte der processualischen Consumtion bestimmt: es ist eben hier, wie dort,

*) Donat ad Terent. Andr. III. 1, 7. Ad. II. 2, 24. Terent. Phormio II., 3, 72. Cic. d. am. 22.

gerade das in der intentio hingestellte Recht, welches von der Wirkung der Litis Contestation betroffen wird — und der zwischen dem alten und neuen Verfahren bei dinglichen Rechten obwaltende Unterschied reducirt sich auf die Frage, ob derselbe Erfolg ipso jure oder ope exceptionis herbeigeführt werde.

§. 5.

Ist das Vorhergehende richtig, so müssen sich die Consequenzen ferner bei einer Betrachtung des in dem Sacramentsprocesse abzugebenden Urtheils bewähren. Wenn es in der Vindicatio keine andere Rechtsfrage gab, als das dingliche Recht, wenn nur dieses in judicium deducirt und daher auch formell der Gegenstand des Prozesses war, so kann das Urtheil auch nur das dingliche Recht selbst betroffen haben.

Man behauptet dagegen allgemein auch hier eine Gleichheit der L. a. sacramento mit dem Verfahren per sponsionem praejudicialem. Wie es für diese Procedur unbestritten ist, daß das Urtheil lediglich das persönliche auf dem Contracte beruhende Recht betraf, so soll auch der Sacramentsproceß keine directe Entscheidung über das dingliche Recht herbeigeführt haben, sondern allein durch eine Entscheidung darüber: „cujus sacramentum justum sit“ erledigt sein. *)

Die hauptsächlichste Begründung dieser Ansicht besteht in einer Berufung auf die Analogie der sponsio praejudicialis. Uns gegenüber, die wir eben diese Analogie bestreiten, ist jener Grund natürlich eine petitio principii und wir haben es daher nur mit den sonstigen Argumenten zu thun.

---

*) Keller, Litis Contest. S. 188. ff. Civilproceß S. 55. 67. 68. S. auch Jhering, Geist des R. R. S. 158. Wetzell, Vindicationsproceß S. 58.

Man pflegt sich auf folgende Stellen zu berufen:

1) Cic. pro Caec. 33.

„non posse sacramentum nostrum justum judicari“ und „decemviri sacramentum nostrum justum judicaverunt.“

2) Cic. d. orat. 1, 10, 42.

„Agerent enim tecum (lege) primum Pythagorei — — quibuscum tibi justo sacramento contendere non liceret“

3) Cic. pro domo 29.

„si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent.“

4) Cic. pro Milone 27.

„non injustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos — petebat.“

5) Arnob. advers. gentes. 4.

„quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas hujusmodi aut vindicias justas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non justa. *)

Die ersten drei Stellen sind vor Kurzem von Dr. Dernburg in seiner Recension des Keller'schen Civilprocesses (Krit. Zeitschr. Heft 5. S. 462) besprochen worden, weßhalb wir uns einer nochmaligen Erörterung enthalten. Es ist dort nachgewiesen, daß es keineswegs nothwendig, dieselben von einer definitiven Entscheidung der Hauptsache zu verstehen, daß sogar in den beiden ersten nur an die Vorfrage, ob überhaupt gültig sacramento agirt werden könne? zu denken sei. **) Die 4te

*) So die Ausgabe von Hildebrand und nach ihm Rudorff, bei Puchta, Instit. Bd. 2. S. 82. d. Abweichend ist die Stelle abgedruckt bei Wetzell, Vindicat. Proceß S. 59 und bei Brissonius d. V. S. s. v. Vindiciae.

**) Für die Stelle pro Caec. 33. hat schon Stahl, Ueber das ältere Röm. Klagen-R., München 1827 S. 28. diese Interpretation angenommen.

und 5te Stelle sind offenbar die unbedeutendsten; sie können ebensowenig für, als gegen die obige Interpretation der übrigen benutzt werden.

Allein selbst wenn wir annehmen, es solle in jenen Stellen die definitive Entscheidung einer Streitsache bezeichnet werden, so würde man doch, um durch sie schlagend beweisen zu können, daß das Urtheil im Sacramentsprocesse nur darauf hinausgegangen sei: „cujus sacramentum justum sit", zuerst darthun müssen, daß wir in jenen Worten wirklich die genaue und totale Fassung des Urtheils vor uns haben. Dies ist nun aber weder gewiß, noch wahrscheinlich. Im Gegentheil liegt es auf der Hand, daß es den Schriftstellern höchstens darum zu thun war, das günstige oder ungünstige Resultat eines Processes in prägnanter Weise zu bezeichnen, wobei ihnen auf das streng Technische gar Nichts ankam. Gleich wie man aber das ganze Verfahren nach dem Einen hervortretenden Momente, dem sacramentum, benannte, so mochte man gewohnt sein, den Ausfall der Streitsache kurzweg nach dem Schicksale des Sacraments zu bezeichnen; und diese Ausdrücke geben uns daher selbst im angenommenen Falle nicht die Befugniß, gewichtige Schlüsse auf sie zu bauen.

Es ist aber außerdem zu beachten, daß in jenen Stellen nur von *„judicare, pronuntiare"* und nicht von *condemnare* die Rede ist. Wäre damit die totale Entscheidung der Streitsache gemeint, so müßten wir annehmen, daß im Sacramentsprocesse eine *condemnatio* gar nicht vorgekommen sei. Und zwar muß die herrschende Meinung, welche nur an eine Verhandlung und Entscheidung über das sacramentum denkt, dies schon deßhalb behaupten, weil ja eine Condemnation in das sacramentum nicht möglich ist. Denn die Gegen=

parthei hatte an dasselbe keinen Anspruch und dem Staate war es ipso jure verfallen Es sagt daher auch **Keller** *) von seinem Standpunkte aus ganz folgerichtig: daß „das judicium, welches durch die L. a. sacramento eingeleitet wurde, niemals in eine eigentliche Condemnation oder Absolution auslaufen konnte." Somit steht denn diese Ansicht mit sich selbst in vollem Einklange, und es zeigt sich andererseits, daß wir nach den vorhergehenden Deductionen zu der entgegengesetzten Consequenz kommen müssen.

Es fragt sich nur, wie sich diese entgegengesetzten Resultate zu den Zeugnissen der Quellen verhalten und es will uns scheinen, daß durch diese die Ansicht der Gegner offen widerlegt werde.

Gai. 4 §. 48. Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, *judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat,* sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

Diese Stelle steht zu der herrschenden Meinung in entschiedenem Widerspruch. Vor Allem geht nämlich daraus hervor, daß im Sacramentsprocesse überhaupt eine *condemnatio* vorkommen konnte und vorzukommen pflegte. Denn man wird nicht bezweifeln, daß **Gaius** hier ebenso wie in §. 108 bei dem „olim" an die Zeit der Legisactionen denkt; und da er von diesem Verfahren ganz allgemein redet (fieri solebat), so sind wir nicht befugt, für die L. a. sacramento eine Ausnahme zu behaupten.

*) Civilproceß S. 67.

Zwar meint Keller*): „diese Stelle könne für Sacramentsprocesse nicht bedeuten, daß der Beklagte condemnatus, sondern höchstens, daß er judicatus wurde". Allein es ist nicht zu ersehen, mit welchen Gründen diese Interpretation gerechtfertigt werden könnte. Wir wenigstens begreifen nicht, wie es kommen sollte, daß Gaius von *condemnare* spricht, wenn er an *judicare* denkt. Worin sollte auch der Gegensatz zwischen dem alten und neuen Verfahren, welchen er hervorheben will, liegen, wenn nicht gerade in der *condemnatio?* Oder will man ihm die Behauptung zuschieben: es werde im Formularproceß nicht über die ipsa res judicirt? Man traut dem Gaius zu, daß er mitten in einer Auseinandersetzung über die pecuniaria *condemnatio* nicht mehr wisse, wovon die Rede sei — und für diesen Vorwurf ist kein anderer Grund ersichtlich, als der, daß diese Stelle mit der einmal angenommenen Theorie über den Sacramentsproceß sich nicht vereinigen läßt.

Wenn aber aus Gaius Bericht hervorgeht, daß das judicium im Sacramentsprocesse auf eine „condemnatio in ipsam rem" ausging, so folgt ferner, daß bei der Vindication auch gerade das verfolgte Eigenthumsobject, das Object der Condemnation sein mußte.**) Was sollte sonst die „ipsa res" bedeuten und in diesem Zusammenhang? Eine condemnatio in die summa sacramenti halten selbst die Gegner nicht für denkbar — und es zeigt sich also auch auf diesem Punkte eine gründliche Verschiedenheit von dem Verfahren per sponsionem praejudicialem, welche uns beweist, daß im Sacramentspro-

---

*) Civilproceß S. 68. Nro. 235.

**) Es findet sich diese Ansicht auch ausgesprochen bei Dernburg, Emtio bonorum S. 8. Nro. 16.

cesse das dingliche Recht selbst und nichts Anderes den formellen Gegenstand der Verhandlung bildete.

§. 6.

Wir glauben aber außer dem Zeugnisse des Gaius und der bisher dargestellten Schlußfolgerung noch andere Gründe für unsre Ansicht über die condemnatio geltend machen zu können.

1. Nehmen wir mit unsern Gegnern an, daß das sacramentum allein der formelle Gegenstand des Processes und eine condemnatio in ipsam rem ausgeschlossen war: so hätte es in der Vindication an einem Medium gefehlt, durch welches der Eigenthümer zu seiner Sache oder deren Werth gelangen konnte.

Im Sponsionsprocesse, wo die Entscheidung unbestritten nur das persönliche Recht betrifft, wird ein solches Medium geschaffen, indem der Beklagte durch eine besondere Stipulation sich verpflichtet, die Sache zu restituiren, sobald für den Kläger judicirt würde.

Gai. 4 §. 94. Cic. in Verr. II, 1, 45.

Dieser accessorische Vertrag begründet dem Eigenthümer eine directe Klage auf Auslieferung der Sache, und so wird diesem practischen Mangel des Sponsionsprocesses abgeholfen.

Wo aber findet sich eine ähnliche Abhülfe in der L. a. sacramento? Von der Eingehung eines bedingten Vertrages ist nirgends die Rede; eine Stipulation, durch welche eine directe Klage auf die Sache erzeugt würde, ist nirgends erwähnt: woraus hätte denn die Verpflichtung zur Restitution entspringen sollen? Es bleibt nichts übrig als die Annahme, daß ein Urtheil diese Pflicht begründete.

Zwar heißt es, die stipulatio pro praede litis et vindiciarum sei an die Stelle der praedes getreten, welche im Sacramentsprocesse gestellt zu werden pflegten *) und man könnte daraus schließen wollen, daß bei diesem letzteren Verfahren eine ähnliche Caution vorkam, die Veränderung aber nur darin bestand, daß aus der ehemaligen satisdatio eine nuda repromissio wurde.

Hiegegen ist zunächst hervorzuheben, daß, wie die obige Stelle des Cicero beweist, auch bei dem Verfahren per sponsionem Satisdation vorzukommen pflegte, daß folglich hierin der Gegensatz zum alten Verfahren nicht gelegen haben kann. **)

Worin bestand nun aber der Unterschied? Daß dieser nur Namen und Form betroffen haben soll, wie Römer ***) meint, dem „die Worte appellata est dies genügend andeuten", ist völlig unmotivirt. Halten wir uns unbefangen an die Worte des Gaius, so sagt uns derselbe: „an die Stelle der *praedes* sei jetzt eine *stipulatio* getreten", und es ist unsere Aufgabe, nicht erst den Gegensatz zu finden, sondern ihn zu verstehen. — Die Voraussetzung für die Bestellung von praedes ist, daß eine mindestens zukünftige Verpflichtung als vorhanden gedacht wird †); die stipulatio dagegen soll erst eine Verpflichtung begründen, welche nebenher durch Satisdation gesichert werden

---

*) Gai. 4 §. 94. Ideo autem appellata est „Pro praede litis vindiciarum" stipulatio, quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes.

**) Dies bemerkt gegen Heffter auch Römer, das Erlöschen S. 37 Anm. a.

***) In seinem „Erlöschen des kl. R." S. 38. Anm.

†) Ueber praedes vrgl. die Untersuchung bei Bachofen, Pfand R. S. 221 ff.

kann. Mithin liegt der innere Gegensatz darin, daß bei dem Verfahren per sponsionem für den Beklagten eine Verpflichtung durch Stipulation geschaffen werden muß, welche in dem Legisactionenproceß anderweitig begründet wurde und daher durch die Partheien nicht erst geschaffen, sondern nur im Voraus gesichert zu werden brauchte.

Diese Verpflichtung aber, wodurch konnte sie anders concret begründet werden, als durch die „condemnatio in ipsam rem“, deren Gaius 4 §. 48 gedenkt?

2. Wir haben gesehen, daß durch das „Mittite“ des Prätors der bisherige factische Zustand total vernichtet und dagegen durch das „dare, dicere vindicias“ ein interimistischer Zustand constituirt wird. *) Diese Verfügung des Prätors ist ihrer Natur nach nur vorübergehend und allein dadurch motivirt, daß vermöge der Aufhebung des bisherigen Besitzes die Partheien einander thatsächlich gleichgestellt sind. Sein Ende erreicht dies Provisorium von selbst mit der Entscheidung des Streites. In diesem Augenblicke existiren keine *vindiciae* mehr und der interimistische Besitzer hat für seine physische Innehabung die bisherige causa verloren. Die Sachen stehen also auf demselben Punkte, wo sie standen, als der Prätor sein *„Mittite“* ausgesprochen hatte. Wie aber damals für die Dauer des Rechtsstreites eine interimistische Verfügung getroffen wurde durch Verleihung der vindiciae: so muß, wenn die Sache jetzt wirklich erledigt werden soll, eine Entscheidung darüber erfolgen, wie der thatsächliche

*) Die Ausdrücke „dare“ und „dicere vindicias“ kommen gleichmäßig vor. Gai. 4 §. 16. Festus s. v. Vindiciae. Gell. 20, 10. Liv. 3, 44. 47. 56. Arnob. adv. gentes. 4, 16. Pomp. l. 2. §. 24 D. d. O. I.

Zustand definitiv sein solle — oder, um die technischen Ausdrücke zu gebrauchen: wie für die Dauer des Rechtsstreits Einem der Litiganten die *vindiciae* ertheilt wurden, so muß jetzt nach Entscheidung der Rechtsfrage eine Verfügung über die *res ipsa*, über die *lis* erfolgen.

Und in der That finden wir nun in den Quellen in häufiger Anwendung eine dem „vindicias dare, dicere" ganz entsprechende Verfügung in dem Ausdrucke „litem dare, litem addicere" als definitive Entscheidung und Erledigung der Streitsache. *) Das gewichtigste und älteste Zeugniß ist uns durch Gellius (17, 2) in dem bekannten Fragmente der XII Tafeln erhalten, welches, abgesehen von seiner Ergänzung aus Auctor ad Herennium 2, 13 so lautet:

Ante meridiem causam coniciunto, quam perorant ambo praesentes. post meridiem praesenti *litem addicito*. Sol occasus suprema tempestas esto.

Daß die XII Tafeln hier an den judex und nicht an den Magistrat denken, scheint uns von Wetzell **) vollständig bewiesen zu sein. Wir glauben es außerdem mit ihm als ausgemacht betrachten zu dürfen, daß die Bestimmung der XII Tafeln dahin zu verstehen sei, daß dem Anwesenden das streitige Object zugesprochen werden solle.

Es erfolgt also hier eine Entscheidung über die Sache

---

*) Vrgl. darüber: Cic. pro Roscio Com. 1 §. 3. Val. Max. 2, 8, 2. Gell. 5, 10. 17, 2. (Tac. Ann. 4, 43.) Noch andere Citate finden sich in größerer Anzahl bei Brissonius d. V. S. s. v. Dare Nro. 3. de Formulis. lib. V, 168. Cuj. observat. 6, 27. Dieselben enthalten indeß durchgehends die elliptische Form der späteren Latinität „dare secundum, contra aliquem", wobei es dahingestellt bleiben muß, ob „litem" oder „sententiam" zu suppliren ist.

**) Vindicationsproceß S. 55—57.

selbst nach ältestem Rechte: die Sache selbst, welche im Streite befangen ist *), die *lis* wird zugesprochen. Ist hier nicht die vollständigste Uebereinstimmung mit dem „condemnare rem ipsam“ des Gaius?

Allerdings sprechen die XII Tafeln nur von einem Contumacialverfahren; allein sind wir berechtigt zu der Annahme, daß die Folge der Contumaz in ihrem ganzen Wesen von der Verurtheilung nach verhandelter Sache abgewichen sein sollte? Es ist kein Grund ersichtlich, der uns hindern könnte, von der Verurtheilung des indefensus auf diejenige des judicatus zu schließen — vielmehr sind wir völlig dazu berechtigt, da wir in mehreren der oben citirten Stellen das „litem dare secundum aliquem“ als Bezeichnung der definitiven Entscheidung des Rechtsstreites nach verhandelter Sache angewendet finden. Und schon deßhalb werden wir diese Annahme für die richtige halten müssen, weil, wie wir oben sahen, das interimistische „vindicias dare, dicere“ ein definitives „litem dare, addicere“ desiderirt, damit der Proceß seine Abrundung erhalte.

3. Eine gewichtige Bestätigung unserer Ansicht finden wir endlich in der Anwendung der Vindicatio als Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wir wollen uns hier nur auf die In jure cessio des Eigenthums beschränken. **)

Es ist noch niemals in Zweifel gezogen worden, daß wir in der in jure cessio die alte dingliche Sacramentsklage wieder zu erkennen hätten. Wir begegnen hier der ganzen Solem-

*) Varro d. L. L. 7. §. 93 — itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis.

**) Dasselbe ließe sich nachweisen bei der Manumission und Adoption. Unterholzner, Zeitschr. f. g. R. W. Bd. 2. S. 139 ff.

nität der alten vindicatio bis zu dem Punkte, wo die Ueberleitung zum eigentlichen Rechtsstreite geschehen mußte. Statt der contravindicatio erfolgt Geständniß oder Schweigen, ein Streit wird also dem Prätor nicht vorgeführt und es kommt daher nicht zur provocatio sacramento. *)

Zu bemerken ist zunächst, daß das Resultat die *addictio* des Prätors ist, „eam rem addicit Praetor." Der formelle juristische Grund der addictio ist in diesem fingirten Processe das ausdrückliche oder stillschweigende Geständniß des Beklagten, welcher die Aufforderung des Prätor zur Contravindication ablehnt oder unberücksichtigt läßt. Also hier zeigt sich, daß für den confessus dieselbe Folge eintritt, wie oben für den indefensus — sollte nun der judicatus eine andere Behandlung erfahren haben?

Wir fragen aber weiter, wie hätte man darauf verfallen sollen, eine fingirte Vindication als Mittel der Eigenthumsübertragung anzuwenden, wenn nicht der wirkliche Proceß zu einer Entscheidung über die Sache selbst geführt hätte? Wie hätte man darauf kommen sollen, an eine fingirte Vindication ein „addicere rem" anzuhängen, wenn nicht die wirkliche Vindication auf ein „addicere litem" hinausgegangen wäre?

II.

Historischer Zusammenhang.

§. 7.

Die hier bekämpfte Ansicht über das innere Verhältniß unserer beiden processualischen Institute hat man ganz besonders

*) Gai. 2 §. 24. Ulp. 19. §. 9. 10. 11. Boeth. ad Cic. top. 5. §. 28 (ed Or. p. 322.)

in ihrem historischen Zusammenhang begründet gehalten, den man sich folgendermaßen construirte.

Legis actio sacramento und sponsio sollen einen reinen Gegensatz bilden und eine Combination nicht denkbar sein. *) Letztere gehöre daher ausschließlich dem Formularproceß an und sei erfunden, weil die den Vindicationen zu Grunde liegende Behauptung nur auf künstliche Weise mit dem Formularproceß vereinbart werden konnte. **) Das in rem agere per sponsionem sei daher zunächst an die Stelle des sacramentum getreten. ***) Dagegen habe es geraume Zeit gedauert, bis man in einer eigenen formula in rem eine Proceßform erfand, durch welche Untersuchung und Entscheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde. †)

Wäre es richtig, was hiernach angenommen werden müßte, daß es nach Aufhebung der Legis actiones eine Zeit gegeben habe, in welcher dingliche Rechte ausschließlich auf dem Umwege der sponsio praejudicialis geltend gemacht werden konnten; so würde der von uns vertretenen Ansicht, daß die L. a. sacramento eine directe dingliche Klage gewesen, allerdings das Bedenken historischer Unwahrscheinlichkeit entgegenstehen. Denn wir müßten dann zugestehen, daß die Römische Proceßgeschichte einen Rückschritt gemacht, indem sie den Besitz einer directen dinglichen Klage aufgegeben und zu einem kümmerlichen Surrogate zurückgegriffen hätte, um hinterher auf's Neue jenen Besitz in anderer Form wieder zu erwerben.

---

*) Bethm. Hollw. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 5. S. 390.

**) Zimmern, Rechtsgesch. Bd. 3. S. 193.

***) Keller, Civilproceß S. 106.

†) Keller, Civilproceß S. 106.

In der That nun aber trifft uns dieses Bedenken nicht, weil, wie wir zu beweisen bemüht sein werden, jener angebliche historische Zusammenhang mit der Wahrheit nicht übereinstimmt. Es gehört nämlich das Verfahren per sponsionem praejudicialem seiner Entstehung nach keineswegs erst der Zeit nach Aufhebung der Legisactionen an; der Grund seiner Entstehung ist keineswegs der Mangel einer directen dinglichen Klage gewesen, und es war dasselbe zu keiner Zeit das einzige processualische Mittel zur Geltendmachung eines dinglichen Rechts.

Wir werden jetzt versuchen, diese Sätze im Einzelnen nachzuweisen.

§. 8.

Wäre es richtig, was Bethmann=Hollweg behauptet, „daß eine Combination von Legis actio und Sponsio unmöglich sei", so wäre damit unsere Ansicht, nach welcher die Entstehung der sponsio praejudicialis der Zeit der Legisactionen angehört, widerlegt. Allein es ist in neuester Zeit schon von Keller *) hervorgehoben, daß Sponsionen auch unter dem Systeme der Legis actiones ein wichtiges Organ des Civilprocesses gewesen seien.

Daß namentlich unsere sponsio praejudicialis zur Zeit der Legisactionen in häufiger Uebung bestand, läßt sich auf das Bestimmteste darthun. Wir wollen uns damit begnügen, einige von den Beispielen, welche aus einem mehr als zweihundertjährigen Zeitraume bis zu Plautus bekannt geworden sind, anzuführen. **)

---

*) Civilproceß S. 110.

**) Eine reiche Sammlung hieher gehöriger Stellen findet sich bei Keller, Semestria p. 7. not. 5.

Cäso Quinctius, des Cincinnatus Sohn, bekannt durch seine Gewaltthätigkeiten gegen die Plebs, war im J. 293, beschuldigt, den Bruder des ehemaligen Tribunen M. Volscius Fictor erschlagen zu haben, in's Exil gegangen. (Liv. 3, 13.) Nachdem er selbst, bei dem räuberischen Einfall des Appius Herdonius betheiligt, umgekommen war, traten im J. 295 die Quästoren A. Cornelius und Q. Servilius gegen den M. Volscius mit der Ankage auf, daß er falsches Zeugniß wider den Cäso abgelegt habe. Zum Beweise beriefen die Ankläger sich darauf, daß des Volscius Bruder den Folgen der Pest, welche im J. 291 in Rom wüthete, erlegen, Cäso dagegen zu jener Zeit gar nicht in Rom gewesen sei. Neben dieser Anklage nun berichtet Livius (3, 24), daß Viele den Volscius privatim zu einer Sponsion über die Wahrheit dieser Thatsachen aufgefordert hätten.

Nach glücklich durchgeführtem Aufstande gegen die Decemvirn und Herstellung der plebejischen Freiheit, suchen die Tribunen an dem Appius Claudius Rache zu üben. Auf Anstiften seiner Collegen tritt Virginius gegen ihn als Ankläger auf und ein Tag zur Verhandlung ist bestimmt. Als aber Appius von jungen Patriciern umringt auf dem Forum erscheint und durch sein Auftreten in allen Anwesenden das Andenken an die Zeiten seiner Gewalt aufregt, erklärt Valerius, diese Stimmung benutzend: es bedürfe in einer so klaren Sache der Reden nicht; er wolle keine Anklage vor dem Volke erheben, um nicht dem Appius Gelegenheit zu neuen Unverschämtheiten in seiner Vertheidigung zu bieten. Statt dessen fordere er wiederholt den Appius zu einer Sponsion (um ein judicium *privatum* zu veranlassen) über die eine, schändlichste That auf: „ni vindicias ab libertate in servitutem dederit"—

unter der Androhung, ihn, wenn er auf diese Sponsion nicht eintrete, in's Gefängniß werfen zu lassen. Und dies geschieht, als Appius jener Aufforderung nicht entspricht und für die öffentliche Anklage wird ein neuer Tag bestimmt. (Liv. 3, 56. 57.)

Als im ersten punischen Kriege der Consul Lutatius Catulus und der Prätor Q. Valerius die punische Flotte bei den Aegatischen Inseln vernichtet hatten (512 U. C.), gestattete der Senat dem Ersteren einen Triumph. Die gleiche Ehre wollte der Prätor für sich in Anspruch nehmen und es entspann sich ein Streit zwischen den Beiden darüber, wer von ihnen mehr als der Andere zu triumphiren berechtigt sei. Auf Vorschlag des Valerius wurde die Sache dadurch zum Austrag gebracht, daß sie eine Sponsion darüber schlossen: ob nicht durch des Valerius Führung die punische Flotte überwunden sei? Valer. Maxim. II, 8, 2.

In diesen drei Fällen tritt die Function der sponsio praejudicialis sehr deutlich hervor, indem durch sie Thatsachen in einen Privatrechtsstreit gezogen werden, welche sich an und für sich zu einem solchen nicht eignen würden, da sie die Quelle von Privatrechten nicht sein können.

Wir treffen endlich bei Plautus auf ein Beispiel, wo eine Frage, die schon an und für sich zu einer privatrechtlichen Erörterung geeignet wäre, Veranlassung einer sponsio praejudicialis wird. Im Rudens (III, 4) proponirt Trachalio dem leno Labrax eine Sponsion darüber: ob die Sclavinnen sein Eigenthum oder nicht vielmehr freie Personen seien u. s. w.

Trachalio.

Ergo dato

De senatu Cyrenensi quemvis opulentem arbitrum,
Si tuas esse oportet, nive eas esse oportet liberas

Nive te in carcerem compingi est aequum, aetatemque ibi
Te usque habitare, donec totum carcerem contriveris. *)

Diese Beispiele beweisen, daß eine Combination der *sponsio praejudicialis* mit der *Legis actio* möglich gewesen sein muß. Und in der That ist auch nicht einzusehen, welches Hinderniß dem entgegengestanden haben sollte, daß ein durch sponsio vorbereiteter Rechtsstreit auf dem Wege der Legis actio verfolgt wurde.

In Folge der sponsio war ja nur ein gewöhnliches contractliches Recht geltend zu machen. Welcher Art die Bedingung desselben sein und welches Motiv zu dem Abschlusse des Contracts geführt haben mochte, war offenbar juristisch ganz irrelevant. So wenig es Bedenken haben kann, daß man sein Recht aus einer bedingten Stipulation in einer persönlichen Legis actio einklagen durfte, ebensowenig ist ein Zweifel darüber zuläßig, daß man den aus einer sponsio praejudicialis entstandenen persönlichen Anspruch in derselben Proceßform verfolgen konnte. Was zunächst den Sacramentsproceß anlangt, so ist nicht ersichtlich, weßhalb nicht der Kläger, gestützt auf die Sponsion, die Formel gebraucht haben sollte: „Ajo te mihi dare oportere“ und nach erfolgtem Widerspruche fortfuhr: „Quando negas, sacramento te provoco.“ Und für die Zeit nach der lex Silia leuchtet nicht ein, was gehindert haben sollte, daß der Kläger sein ihm sponsione versprochenes certum auf dem Wege der L. a. per condictionem beitrieb.

---

*) Diese Stelle wird von Dr. Dernburg anders gelesen und auf die L. a. per judicis postulationem bezogen. Krit. Zeitschr. Heft 5. S. 468 ff.

Daß jene Rechtsbehauptung nur **bedingt** richtig, dieser Anspruch nur **bedingt** vorhanden, ist ein Umstand, welcher die *Legis actio* nicht hindert: denn die Frage über das **wirkliche Dasein** des Rechts gehört ja erst dem *judicium* an. Oder wir wären zu der seltsamen Annahme genöthigt, daß aus **bedingten** Contracten zur Zeit der Legisactionen überhaupt nicht geklagt werden konnte. *)

Wir haben aber noch aus späterer Zeit ein ganz bestimmtes **Zeugniß** dafür, daß die Legis actio sacramento mit der sponsio praejudicialis verbunden werden konnte, indem nämlich, in der oben angegebenen Weise, nach geschlossener Sponsion auf Zahlung der spondirten Summe sacramento geklagt wurde.

Gai. 4. §. 95. Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; quae sponsio sestertiorum CXXV nummorum fit, scilicet propter legem — — —. **)

---

*) Wir bedauern, daß **Keller** sich nicht über den Grund ausgesprochen hat, welcher ihn (Civilproceß S. 110) zu der Meinung veranlaßt hat, daß es „für die Zeit der legis actiones kaum anders zu denken sei, als daß, wo eine sponsio vorkam, Nichts weiter als die Ernennung des judex hinzutrat.“ Wir vermögen nicht nur keinen Grund dafür einzusehen, sondern halten auch **Keller's** Annahme für ganz unmöglich, aus den unten anzuführenden Gründen.

) Diese Stelle hat nach gerade eine ziemlich umfassende Litteratur. Zuerst hat **Bethmann-Hollweg (Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. 5. S. 388) eine der unserigen entgegengesetzte Interpretation vertheidigt und ihm sind gefolgt **Zimmern**, Rechtsgesch. Bd. 3. S. 196 und **Asverus**, die l. a. sacramenti S. 32, Anm. 41. mit einigen Variationen. — Unsere Ansicht ist zuerst aufgestellt von **Dernburg**, Ueber das Verhältniß der H. P. S. 7. Anm. 14. Dagegen hat sich wieder erklärt **Römer**, Ueber das Erlöschen S. 22, Anm. 6, worauf neuerlichst eine gründliche

Es ist hier von der in rem actio per sponsionem die Rede und während wir bisher nur allgemein von der Möglichkeit der Verbindung einer sponsio praejudicialis mit der L. a. sacramento sprachen, ist hier die Realität dieser Combination in besonderer Anwendung auf die Verfolgung dinglicher Rechte vor dem Centumviralgericht dargestellt.

Der Sinn der Stelle ist im Zusammenhange mit den vorhergehenden Paragraphen folgender. — Gaius hat auseinandergesetzt, daß es zwei Wege zur Geltendmachung dinglicher Rechte gebe: die formula petitoria und die sponsio praejudicialis. Während bei der formula petitoria die intentio auf rem actoris esse laute, werde dagegen nach abgeschlossener sponsio eine Formel edirt, welche eine rein persönliche intentio enthalte. — Seine Erörterung aber bedurfte einer ergänzenden Berichtigung wegen des besonderen Gerichtsgebrauchs bei den Centumvirn, und diese knüpft Gaius in unserm §. 95 mit „ceterum" an. Weil nämlich vorher nur der Formularproceß berücksichtigt war, so erschien seine Darstellung nicht erschöpfend; es mußte vielmehr hinzugesetzt werden, wie es sich mit den dinglichen Klagen vor den Centumvirn verhielt, bei denen noch die *Legis actio* in Uebung bestand. Zu diesem Behuf bedurfte es hinsichtlich der formula petitoria, welche selbstverständlich nicht zur Anwendung kommen konnte, keiner Notiz; wohl aber war in Bezug auf die sponsio praejudicialis eine Bemerkung hinzuzufügen, weil nach dem Vorhergehenden der Irrthum möglich war, als könne aus derselben

---

Erwiderung erfolgt ist von Dernburg, kritische Zeitschrift, drittes Heft S. 264 ff. Römer's mehrfach erwähnte Antikritik verheißt nur eine spätere „gründliche Beleuchtung", welche abzuwarten ist.

nur *per formulam* geklagt werden, wodurch denn zugleich ihre Anwendbarkeit in Centumviralsachen negirt worden wäre. Gaius mußte daher hinzufügen, daß vor den Centumvirn die summa sponsionis, welche ja gerade das Object der Klage aus der Sponsion ist, in der Proceßform der Legis actio eingeklagt werde, indem man einen Sacramentsproceß eröffne.

Dieses Verständniß der Stelle erklärt selbst Bethmann-Hollweg für das natürlichste, und wir glauben, daß es keiner Entgegnung bedarf, wenn Römer *) meint: „diese Auffassung wiederlege sich einfach und vollständig durch die Worte."

Dennoch hat Bethmann-Hollweg sich aus „Gründen, welche nicht in der Stelle liegen", zu einer anderen Interpretation veranlaßt gesehen, deren Cardinalpunkt der ist, daß Gaius die L. a. sacramento für eine Art von Verfahren per sponsionem gehalten und daher „sponsionis summa" statt „sacramentum" gesagt habe. **) — Man kann also zu dieser anderen Interpretation nur dann gelangen, wenn man bei Gaius eine Confusion der Ausdrücke annimmt — und schon dies ist genügender Beweis für die Richtigkeit unserer Auslegung. Wir wollen nicht wiederholen, was wir im vorigen Abschnitte ausgeführt haben, daß eine Verwechslung von Sacrament und

---

*) Römer, Erlöschen S. 23, Anm.

**) Wir glauben nicht, daß man sich ernstlich auf die Worte Isidor's (Orig. V, 24, 30): „Sacramentum est pignus sponsionis" berufen wird, um diese vermeintliche Verwechselung der Ausdrücke bei Gaius plausibel zu machen. Wir erwähnen sie nur, weil man sie allerdings schon mit unserer Frage in Verbindung gebracht hat, obgleich Isidor, wie der Zusammenhang ergiebt, an unser sacramentum hier ebensowenig denkt, wie an irgend einer anderen Stelle, wo er dies Wort gebraucht oder erklärt. Vrgl. Isid. Orig. VI, 19, 39. 40. IX, 3, 58.

Sponsion bei einem Römischen Juristen gar nicht möglich ist, sondern nur auf das Eine aufmerksam machen, daß man nach der Bethmann-Hollweg'schen Erklärung dem Gaius die Behauptung unterschiebt: die Partheien klagten vor den Centumvirn im Wege der Legis actio die Sacramentssumme ein (denn „sponsionis summam petimus" soll ja heißen „sacramentum petimus") — obgleich doch Jeder wird einräumen müssen, daß keine Parthei auf die summa sacramenti der andern einen Anspruch hatte oder erheben konnte! — Anstatt bei Gaius eine derartige Verwirrung der Ausdrücke und Begriffe anzunehmen, verstehen wir seine einfachen und klaren Worte dahin, daß er den Unterschied des Verfahrens in Centumviralsachen von dem gewöhnlichen in das Moment setzt, daß bei jenem die *L. a. sacramento*, bei diesem die *Formula* Anwendung findet; wogegen er die *sponsio praejudicialis* als ein ihnen beiden möglicherweise gemeinsames Element betrachtet.

Das gewichtigste Argument für seine Interpretation der Gaiischen Stelle entnimmt Bethmann-Hollweg aus der Behauptung, daß in Centumviralsachen eine sponsio praejudicialis überhaupt gar nicht vorgekommen sei, und diese Ansicht wird begründet auf eine vielbenutzte Stelle des Cicero.

Cic. in Verr. II, 1, 45.

Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, lege ageret *in* hereditatem; aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita *de* hereditate certaret. Hoc opinor jure *et majores nostri* et nos semper usi sumus.

Bethmann-Hollweg findet in dieser Stelle einen absoluten Gegensatz zwischen „lege agere" und „sponsionem facere" und meint demnach, der darin liegende Gedanke sei: man könne sein Erbrecht entweder vor den Centumvirn durch *Legis actio*, oder vor einem Einzelrichter *per formulam* nach geschlossener *sponsio praejudicialis* geltend machen.

Diese Interpretation ist nur möglich unter zwei Voraussetzungen, deren Stichhaltigkeit zu prüfen ist.

Einmal muß man annehmen, daß zu Cicero's Zeit Erbschaftsstreitigkeiten zwischen Römern *) vor Einzelrichtern und nicht ausschließlich vor den Centumvirn verhandelt werden konnten. Denn betrachten wir die Competenz des Centumviralgerichts in Erbschaftssachen als eine ausschließliche, so konnte Cicero überhaupt an den Formularproceß gar nicht denken und folglich diesen nicht neben die Legis actio stellen. Wir würden dann den in der Stelle liegenden Gegensatz in etwas Anderem zu suchen haben. — Diese erste Voraussetzung aber ist nun keineswegs erwiesen **): und so erhebt sich denn hier schon ein Bedenken gegen jene Interpretation.

Die zweite Voraussetzung, ohne welche die Bethmann-Hollweg'sche Erklärung nicht bestehen kann, ist folgende. — Man muß annehmen, daß zu Cicero's Zeit das Erbrecht vor Einzelrichtern nicht *per form. petitoriam*, sondern nur per sponsionem praejudic. verfolgt werden konnte. Denn nur dann, wenn die Sponsion der einzige Weg für die Anwendung des Formularprocesses war, sind wir berechtigt zu

*) Daß Cicero nur an Streitigkeiten zwischen Römern denkt, ist anzunehmen: denn nur Römer waren sowohl der legis actio, als der sponsio fähig. Gai. 2, §. 92.

**) Dernburg, Hered. petit. S. 5 ff.

behaupten, daß Cicero mit den Worten „lege agere“ und „sponsionem facere“ den absoluten Gegensatz der Legisactionen und des Formularprocesses bezeichnen wolle: gab es nämlich außerdem noch die *formula petitoria*, so wäre ja der Gegensatz zwischen *Legis actio* und *sponsio* nicht erschöpfend und folglich auch nicht adäquat dem Gegensatze zwischen *Legis actio* und *Formula*.

Wenn nun nicht einmal ausgemacht ist, ob das Erbrecht zwischen Römern überhaupt vor Einzelrichtern geltend gemacht werden konnte, so steht begreiflicherweise über diesen zweiten Punkt noch viel weniger Etwas fest. Bejahen wir aber auch die erste Frage, so ist doch kein Grund, weßhalb die formula petitoria auf das Erbrecht nicht angewendet sein sollte *); wir glauben vielmehr positiv, daß dies zu Cicero's Zeit jedenfalls in den Provinzen der Fall gewesen, wo die Competenz des Centumviralgerichts seine Gränze hatte. — Wenn man nämlich bedenkt, daß schon in der ältesten Zeit die Erbschaftsklage mit der Eigenthumsklage gleich behandelt war, indem beide in derselben Legis actio mit einfacher Modification der intentio angestellt wurden: so wird man nicht geneigt sein zu glauben, daß man im Formularproceß den alten Weg verlassen haben sollte, um bald nachher auf denselben wieder zurück zu kehren. Man dürfte sich zu dieser Annahme nur dann entschließen, wenn sich nachweisen ließe, daß das neue Verfahren ein Hinderniß bot, welches erst mit der Zeit überwunden

---

*) Die gewöhnliche Ansicht, nach welcher zu Cicero's Zeit die form. petitoria nicht für das Erbrecht gebraucht wurde, stützt sich auf die Stelle, um deren Interpretation es sich hier eben handelt. Wir brauchen daher ihr Fundament nicht besonders anzugreifen. Zimmern, Rechtsgesch. Bd. 3. §. 64, Anm. 3. 6.

werden konnte. Ein solches Hinderniß, oder auch nur eine Schwierigkeit, ist aber nirgends zu finden: denn wie man von der Legis actio sacramento her gewohnt war, durch eine einfache Modification der intentio dieselbe Proceßform für Eigenthum und Erbrecht gleichmäßig anwendbar zu machen, so wird man kein Bedenken getragen haben, ganz dasselbe bei der formula petitoria zu thun, da es in der That für den Prätor keine größere Anstrengung sein konnte, wenn er schrieb:

Si paret *L. Annii hereditatem* q. d. a. ex jure Quiritium Ai Ai esse —

als wenn er wegen einer singula res die Formel so concipirte:

Si paret *fundum Cornelianum* q. d. a. ex j. Q. Ai Ai esse —.

Sehen wir nun aber von diesen beiden Voraussetzungen der Bethmann-Hollweg'schen Interpretation ab — da dieselben uns doch jedenfalls sehr zweifelhaft erscheinen müssen — und halten wir uns an unsere Stelle selbst, so bleibt kein Grund übrig, anzunehmen, daß Cicero hier die Legisaction und den Formularproceß in Gegensatz stellen wolle. Vielmehr glauben wir, daß die Schlußworte unserer Stelle, welche in der Regel weggelassen werden, beweisen, daß Cicero hier an den Formularproceß gar nicht, sondern nur an die Legis actio denkt. „Hoc opinor jure“, sagt er, „et *majores nostri*, et nos semper usi sumus“, eine Phrase, welche nicht bloß sehr wenig angebracht, sondern total falsch wäre, wenn hier eine Wahl zwischen der Legis actio und dem Formularproceß in Rede stünde.

Cicero spricht demnach hier nur von der Geltendmachung des Erbrechts im Wege der *Legis actio*, und der Gegensatz in der Stelle liegt in den Worten: „agere *in* hereditatem“ und

„certare *de* hereditate.“ Mit jenen Worten ist auf die dingliche, mit diesen auf die persönliche Sacramentsklage verwiesen. Während in jener direct das dingliche Recht verfolgt und beurtheilt, und diese Tendenz durch die vindicatio und die intentio *in* rem ausgesprochen wird: handelt es sich bei dieser nur um das persönliche Recht aus der sponsio praejudicialis und es wird nur implicite „per eam *de* re“ *) judicirt

Greifen wir jetzt zurück zu dem Punkte, von wo wir auf die Interpretation dieser Ciceronianischen Stelle übergingen. Bethmann-Hollweg will durch dieselbe beweisen, daß vor den Centumvirn die sponsio praejudicialis gar nicht vorkam, woraus denn allerdings folgen würde, daß Gaius im §. 95, wo er von dem Centumviralgericht redet, nicht an jene sponsio denken könne. Jener Satz aber konnte aus Cicero's Worten nur dann folgen, wenn ihnen der Gedanke zu Grunde lag, daß eine sponsio praejudicialis nur im Formularprocesse vorkäme. Wir haben nun gezeigt, daß Cicero an dieses letztere Verfahren gar nicht, sondern nur an die Legis actio denkt. Es ist daher nicht blos die Bethmann-Hollweg'sche Argumentation hinfällig, sondern für unsere Auslegung der Gaiischen Stelle ein neues Argument gewonnen, indem uns Cicero eine Bestätigung des Satzes liefert, daß die sponsio praejudicialis mit dem Legisactionenprocesse combinirt werden konnte und daß dies namentlich in Streitigkeiten über das Erbrecht, also in Centumviralsachen, zu geschehen pflegte.

*) Gai. 4. §. 94. — Uebrigens wird unsere Interpretation noch unterstützt durch die Erklärung des Ps. Asconius, in Verrem ad h. l. b. Baiter p. 191.

§. 9.

Nachdem gezeigt worden ist, daß die sponsio praejudicialis mit der Legis actio combinirt werden konnte und combinirt wurde, bleibt jetzt die Frage zu untersuchen, welche Stellung denn unser processualisches Institut in der Geschichte des Römischen Processes eingenommen habe. Bevor wir aber mit der Darstellung unserer eigenen Ansicht beginnen, wird es nothwendig sein, auf entgegenstehende Meinungen näher einzugehen.

1. Keller, welcher, wie bereits hervorgehoben ist, die sponsio als ein wichtiges Organ des Civilprocesses schon unter dem Systeme der Legis actiones betrachtet — und also in diesem Puncte als unser Gewährsmann gelten kann — ist, wie schon oben S. 47, Anm. *) erwähnt worden, der Meinung, „es sei für die Zeit der Legis actiones kaum anders zu denken, als daß, wo eine sponsio vorkam, nichts weiter als die Ernennung eines judex hinzutrat, und damit die sponsio unmittelbar und ohne formula in das judicium überging." *)

Wir können von diesem Satze nur das Eine zugeben: daß zur Zeit der Legis actiones keine formula vorgekommen ist. Wenn aber außerdem gesagt sein sollte, daß, wo eine sponsio vorkam, die eigentliche *Legis actio* wegfiel und bis auf die judicis datio durch den Abschluß der sponsio ersetzt wurde: so halten wir dies für nicht begründet.

Wir haben im vorhergehenden Paragraphen gezeigt, nicht nur, daß eine Combination der Sponsion mit der Legis actio gar keine Schwierigkeiten bot, sondern auch, daß, nach Cicero und Gaius jene Combination in der von uns dargestellten

---

*) Vrgl. Keller, Civilpr. S. 110.

Weise wirklich in Centumviralsachen angewendet wurde. Wir werden daher von vornherein Keller darin nicht beipflichten können, daß die Sache „kaum anders zu denken sei" als so, wie er sie darstellt.

Nach der Keller'schen Annahme aber würde durch die sponsio ein dritter modus procedendi neben der Legis actio und Formula gebildet sein: denn wo sie vorkam, sollte ja weder die eine, noch die andere der letztgenannten Proceßformen Anwendung finden. *) Allein dem steht entgegen, daß wir für diese doch außerordentlich bemerkenswerthe Thatsache gar kein Zeugniß besitzen.

Wir müssen aber weiter gehen und behaupten, daß es gar nicht möglich war, daß die Legis actio durch eine sponsio ersetzt und überflüssig gemacht werden konnte. — Wir haben keinen Grund, anzunehmen, daß sich die Verhandlungen in jure zur Zeit der Legisactionen ihrem Zwecke nach wesentlich von denjenigen im Formularprocesse unterschieden haben. Im Gegentheil müssen wir, soweit uns die Legisactionen bekannt sind, in ihnen ein Verfahren erblicken, welches ebenso wie die Verhandlungen in jure nach der lex Aebutia, dazu diente den Streitpunkt zu fixiren, für dessen Entscheidung das judicium bestellt werden sollte. Im Legisactionen= wie im Formularprocesse hatten die Partheien das von ihnen zu verfolgende Recht vor dem Magistrate zu behaupten, und der wesentliche Unterschied bestand nur darin, daß im Formularprocesse das Princip freier Erörterung zwischen den Litiganten aner=

*) Es ist hier nämlich immer nur von der Zeit vor der Lex Aebutia die Rede. Für die spätere Zeit läßt Keller natürlich Gai. 4. §. 93 gelten. Civilpr. S. 106, Anm. 314.

kannt war, während eine ältere Zeit, für welche der Wortlaut und der Sinn eines Rechtssatzes zwei congruente und untrennbare Elemente waren *), verlangte, daß das Recht von den Partheien gerade auch in dem Ausdrucke behauptet werde, welchen das Gesetz gebraucht hatte, als es das Recht in abstracto anerkannte. Fragen wir aber nach dem Zwecke der Legis actio, so war die dem Gesetz entsprechende Rechtsbehauptung offenbar der Cardinalpunkt. Ohne diese würde es dem judicium an der Basis gefehlt haben, ja es hätte der Prätor einen judex gar nicht bestellen können, weil derselbe nicht mit einer allgemeinen, sondern mit einer auf die concrete Rechtsfrage beschränkten Competenz auszurüsten war.

Offenbar enthält eine Sponsion nicht die Elemente, welche sie zum Ersatz der Legis actio befähigten. Sie ist ein Contract wie jeder andere, eine Thatsache, aus welcher ein Recht hergeleitet, ein Rechtsgrund, der wie jeder andere im Processe geltend gemacht werden kann: allein sie ist keine Rechtsbehauptung und daher keine Form der Geltendmachung eines Rechts. — Dies leuchtet am besten ein, wenn man sich erinnert, wie Gaius (4 §. 93) die Stellung der sponsio im Formularprocesse beschreibt. Nicht an die Sponsion schließt sich das judicium **), sondern aus der Sponsion wird Klage erhoben, es wird eine formula edirt mit der intentio: adversarium dare oportere sponsionis sum-

*) Gai. 4. §. 11 macht uns dies an den vites sehr klar. Gai. 4. §. 30. — Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts S. 20 ff.

**) Wäre dies überhaupt möglich gewesen, wäre dies vor der lex Aebutia geschehen, so hätte es ebensogut nachher der Fall sein müssen: denn unnöthige Weiterungen hat der Formularproceß nirgends mit sich gebracht.

mam. Und was ist die intentio ihrem Wesen nach Anderes, als die Rechtsbehauptung in der Legis actio?

2. Bei der Frage über die Stellung der sponsio praejudicialis in der Römischen Proceßgeschichte, behalten wir im Folgenden nur die Eine hauptsächlichste Anwendung derselben im Auge, nämlich die für Verfolgung dinglicher Rechte.

Die gewöhnliche Ansicht, welche auch neuerlich wieder von Keller*) vorgetragen ist, geht über diese Frage dahin, daß es nach Aufhebung der Legisactionen geraume Zeit gedauert habe, ehe man in der formula petitoria eine Proceßform erfand, durch welche Untersuchung und Entscheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde. Dieser Zwischenraum sei eben durch unsere sponsio praejudicialis ausgefüllt worden und Keller fügt hinzu: „daß das in rem agere per sponsionem zunächst an die Stelle des sacramentum trat, sei für die rei vindicatio und die noch darin begriffene hereditatis petitio mit Hülfe sicherer Zeugnisse festgestellt."

Es wird uns zunächst daran gelegen sein müssen, die „sichern Zeugnisse" für Keller's Ansicht kennen zu lernen, denen gegenüber jede weitere Deduction schweigen müßte.

Keller beruft sich zuerst auf Gai. 4. §. 91. 93. 94. In diesen Paragraphen aber ist, so viel wir sehen können, nur davon die Rede, daß und wie man sich zu Gaius Zeiten der sponsio praejudicialis bei dinglichen Rechten bediente. Und daran schließt sich die Bemerkung, daß die Stipulation „pro praede litis et vindiciarum" heiße, weil sie an die Stelle der praedes im alten Vindicationsproceß getreten sei. — Was

---

*) Civilproceß S. 105. 106.

kann aber hieraus für die Zeit der Erfindung unserer formula petitoria geschlossen werden?

Keller's zweite Belegstelle ist die oben ausführlich besprochene: Cic. in Verr. II, 1, 45. Es ist dort, wie wir sahen, von der Legis actio in Erbschaftsstreitigkeiten die Rede, und die sponsio praejudicialis erscheint in Verbindung mit dieser. Von ihrer Einführung aber wird kein Wort gesagt: sie wird im Gegentheil als eine schon bei den „*majores*" gebräuchliche Procedur bezeichnet. Da zu Cicero's Zeit bekanntlich (in Verr. II, 2, 12) die formula petitoria schon in Uebung war, so könnte man aus dem Umstande, daß er dieselbe hier nicht erwähnt, höchstens für die *hered. petitio* Etwas folgern und dies würde nach unseren obigen Ausführungen nur sein, daß diese Klage zwischen Römern deßhalb nicht in den Formen des neuen Verfahrens geltend gemacht werden konnte, weil sie vor das Centumviralgericht gehörte.

Wie aber läßt sich für die Keller'sche Ansicht über die Erfindung der formula petitoria als erster directer a. in rem aus dieser Stelle argumentiren?

Als dritte und letzte Belegstelle citirt Keller

Vatic. fragm. §. 336.

Lib. I. Sententiarum. Cum quo agitur ... pro praede litis et vindiciarum adversario .... Si in personam sit actio d .... in rem pro praede litis et vindiciarum .... Actoris procurator non solum absentem defendere sed et rem ratam dominum habiturum satisdare cogitur.

Der erste Theil dieser Stelle ist, wie man sieht, so lückenhaft, daß man auf jedes Verständniß verzichten muß. Der zweite Theil handelt von der Cautionspflicht eines Procurator.

Die vorhergehenden und nachfolgenden Paragraphen sind ebenso lückenhaft und unverständlich wie der vorliegende, so daß selbst Conjecturen aus dem Zusammenhange nicht möglich sind. Wir müssen uns daher, statt eine Widerlegung zu unternehmen, auch hier auf die Bemerkung beschränken, daß wir nicht einsehen, welches Argument Keller aus dieser Stelle entnehmen könnte.

Nach dieser Prüfung der Keller'schen *) Beweisstellen scheint es uns nicht zu kühn, wenn wir behaupten, daß durch kein directes Zeugniß bewiesen werde, daß die sponsio praejudicialis zunächst an die Stelle der L. a. sacramento getreten, die formula petitoria dagegen erst später erfunden sei. Es wird daher auf die innere Begründung dieser Ansicht ankommen und uns, indem wir sie untersuchen, erlaubt sein, diejenigen Gründe darzulegen, aus denen wir sie für unrichtig halten müssen.

Zunächst ist es nicht wahrscheinlich, daß zwischen der Abschaffung der Legis actio und Erfindung der formula petitoria eine Lücke gewesen, welche durch den Gebrauch der sponsio praejudicialis ausgefüllt worden ist. Es fällt schwer, eine angemessene Zeit für dieses Interregnum ausfindig zu machen. Denn die formula petitoria wird von Cicero schon keineswegs mehr als ein ganz neu erfundenes Institut angesehen; vielmehr benutzt er sie als ein allgemein bekanntes Beispiel, um auf die oft gefährliche Macht des Prätors in der Rechtspflege hinzuweisen (Cic. in Verr. II, 2, 12.) Ueberdies war, nach ziemlich allgemeiner Annahme, die a. Publiciana schon zu

*) Wir haben bei keinem andern Schriftsteller andere Stellen gefunden. Man wird es uns daher nicht zum Vorwurf machen können, wenn wir uns auf Keller beschränken.

Cicero's Zeit in Uebung, deren Erfindung doch annehmen läßt, daß der Gebrauch der formula petitoria schon eine gewisse Tradition für sich hatte. Wir werden also auf den, nach dem Maaße Römischer Rechtsbildung kurzen Zeitabschnitt zwischen der lex Aebutia und geraume Zeit vor Cicero geführt, welcher dieses Interregnum zwar umfassen konnte, aber schwerlich umfaßt haben wird, weil wir sonst ohne Zweifel nähere Kunde davon haben würden.

Die hauptsächliche Veranlassung dieser Ansicht ist aber die unrichtige Vorstellung über das Wesen der Legis actio sacramento, wonach man in dem Verfahren per sponsionem praejudicialem ein sich eng anschließendes Analogon, in der formula petitoria dagegen eine ganz heterogene Erscheinung sehen zu müssen glaubt. Diese Vorstellung bewegt sich nun offenbar in einem Cirkel: aus der angeblichen Gleichheit wird auf das historische Verhältniß geschlossen, und wiederum muß dieses jener Vergleichung des Wesens zur Folie dienen.

Die wesentliche innere Verschiedenheit der L. a. sacramento und der sponsio praejudicialis haben wir im vorigen Abschnitte nachgewiesen. Wenn nun aber behauptet wird, daß unsere L. a. und die formula petitoria von einander so weit abwichen, daß ein unmittelbarer Uebergang von der einen zur anderen nicht wahrscheinlich sei: so glauben wir dagegen, daß zwischen diesen beiden processualischen Formen eine viel innigere Verwandtschaft sich nachweisen lasse, als zwischen einer derselben und dem Verfahren per sponsionem besteht.

a. Was zunächst die intentio anlangt, so finden wir in der formula petitoria ganz dieselbe wieder, welche wir in der dinglichen Legis actio sacramento kennen lernten. Nur die formelle Aenderung ist mit ihr vorgegangen, welche sich alle

Intentionen bei ihrer Uebertragung in die formula gefallen lassen mußten. *) Denn wie aus der Rechtsbehauptung in der persönlichen Legis actio: „Ajo te mihi dare oportere“ die intentio wurde: „Si paret N^m N^m A^o A^o dare oportere“; so ist das Formular der alten Vindication: „Hanc rem meam esse ajo ex jure Quirit.“ in die intentio der formula petitoria umgegossen und lautet: „Si paret illam rem ex jure Quiritium A^i A^i esse.“ Der ganze Unterschied besteht darin, daß in der formula der Prätor zum judex spricht, während in der Legis actio sich die eine Parthei gegen die andere mit ihrer Behauptung wendet.

Es gehörte also, wie man sieht, eine sehr einfache Operation dazu, das juristische Element aus der Legis actio in die Formula zu übertragen: und daß dieselbe bei den persönlichen Klagen allgemein angewendet sei, hat noch Niemand bedenklich gefunden. Welcher Grund aber sollte dies bei dinglichen Klagen verhindert haben? Worin soll die angebliche **) Schwierigkeit bestehen, „die den Vindicationen zu Grunde liegende Rechtsbehauptung mit dem Formularprocesse zu vereinbaren“, da doch hier offenbar nur ganz dasselbe zu thun war, was bei den persönlichen Klagen allgemein geschah?

Statt dessen behauptet man nun, daß nach Abschaffung der dinglichen Sacramento l. a. zunächst eine Klagform in ausschließliche Uebung gekommen sei, deren intentio nicht die Behauptung eines dinglichen Rechts enthielt, sondern auf „dare oportere“ ging. Erst hieran soll sich die petitoria formula

---

*) Dieser Uebergang ist sehr einleuchtend dargestellt von Keller, Civilproceß §. 25. Nur gerade für unseren Fall scheint er ihn nicht anzunehmen.

**) Zimmern, Rechtsgesch. Bd. 3. S. 151. 193.

mit ihrer dinglichen intentio geschlossen haben. — Diese Annahme enthält zwei seltsame Probleme. Einmal ist nämlich nicht zu begreifen, wie man den Uebergang von der persönlichen zur dinglichen intentio construiren will. Eine Vermittlung dieser beiden Extreme scheint nicht möglich. Man muß hier einen Sprung statuiren. Dazu kommt aber zweitens, daß dieser Sprung nicht zu etwas Neuem, sondern zu dem Alten zurückgeführt haben würde: denn es ist ja in die formula petitoria nur dieselbe intentio aufgenommen, welche man in der alten Vindication schon hatte.

Man muß also glauben, die Römer hätten eine Klagform aufgegeben, weil sich die darin enthaltene Rechtsbehauptung mit der Neuerung ihres Processes nicht vertrug; die weitere Entwicklung aber habe darin bestanden, daß man zu dem Alten zurückkehrte und jene angeblich unverträgliche Rechtsbehauptung ganz einfach der formula einfügte.

b. Man findet ferner in der pecuniaria condemnatio, welche dem Formularproceß angehört, eine Schwierigkeit *) für die Verfolgung dinglicher Rechte in dieser neuen Proceßform und meint auch aus diesem Grunde, daß die formula petitoria der L. a. sacramento nicht unmittelbar gefolgt sein könne.

Allerdings ist zuzugeben, daß Demjenigen, welcher sein Recht auf eine individuelle Sache verfolgt, nicht damit gedient sein kann, sich mit ihrem Geldwerth abfinden lassen zu müssen. Allein diesen Uebelstand haben die dinglichen Processe mit denjenigen gemein, worin ein persönliches Recht geltend gemacht wird, dessen practisches Object nicht gerade eine Geldsumme ist **): der Uebelstand ist nur begründet in der Incongruenz

*) Zimmern, Rechtsgesch. Bd. 3. S. 151. 193.

**) Vrgl. darüber Keller, L. C. S. 211 ff.

des Objects der Intention mit demjenigen der Condemnation; welcher Art das Recht aber sei, ist dabei ganz gleichgültig. Bei persönlichen Klagen behauptet man nun nicht, daß die Römer in jenem Uebelstande eine Schwierigkeit für ihre Verfolgung im Formularprocesse gesehen hätten; vielmehr soll das arbitrium de restituendo eine genügende Abhülfe geboten haben, und nach einer Vermittlung des Uebergangs aus der L. a. in die formula wird mit Recht nicht gesucht. — Warum aber, so sind wir zu fragen berechtigt, soll denn der Entwicklungsgang bei dinglichen Klagen ein anderer gewesen sein, da die Verhältnisse doch ganz dieselben waren?

Es sei gestattet, hier auf eine kurze Erörterung über das arbitrium de restituendo, welches wir als ein fertiges Institut im Formularprocesse antreffen, einzugehen.

Man hat vermuthet, daß sich an die L. a. sacramento ein arbitrium litis aestimandae angeschlossen habe und eben dasselbe ist für das Verfahren per sponsionem praejudicialem behauptet worden. *) Vielleicht könnten hierin die Keime der formulae arbitrariae liegen. Es fragt sich aber zunächst, ob wir Grund haben, jenen Hypothesen beizustimmen.

Einen Beweis dafür, daß sich an die Legis actio sacramento ein Nachverfahren unter dem Namen arbritrium litis aestimandae geschlossen habe, giebt es nicht. Denn in dem Umstande, daß man in späterer Zeit bei dem judicium repetendarum eine solche litis aestimatio findet, liegt offenbar kein Beweis. Es ist auch nicht dieser Umstand, sondern ein vermeintliches Bedürfniß, welches Keller zu seiner Ansicht

---

*) Keller, Civilproceß S. 67 ff. Wetzell, Vindicationsproceß S. 91.

geführt hat. Denn da er eine condemnatio im Sacraments=processe hinwegleugnet, so muß er sich allerdings nach einem anderen Medium für einen practischen Erfolg der Legis actio umsehen. — Halten wir uns dagegen daran, was unsere Quellen auf das Bestimmteste bezeugen, daß im Legisactionenprocesse in rem ipsam condemnirt wurde (s. o. §. 5. 6.), so bedürfen wir eines arbitrium l. a. gar nicht, ja es erscheint uns dasselbe sogar ganz zwecklos: und wir befinden uns dabei in der vortheilhaften Lage, zu glauben, wo unsere Quellen reden, statt zu muthmaaßen, was sie verschweigen.

Ebenso wenig Beweise *) giebt es für die Existenz eines arbitrium litis aestimandae in dem durch sponsio praejudicialis eingeleiteten Verfahren. Hier allerdings mußten wir zugeben, daß, da nur eine Condemnation auf die Sponsions=summe erfolgen konnte, noch ein besonderes Medium zur Erreichung des practischen Zweckes der dinglichen Klage desiderirt wird. Allein worin dies bestand, ist durch die Quellen genügend berichtet, weßhalb es auch hier in der That der Annahme eines unbeglaubigten Instituts nicht bedarf. Wird uns doch gesagt, daß im Sponsionsprocesse eine bedingte Verpflichtung des Beklagten zur Restitution durch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum geschaffen wurde — eine Verpflichtung, welche mit dem Augenblicke der Verurtheilung in die summa sponsionis klagbar sein mußte (s. o. §. 6. Nro. 1.). Wenn

*) Wetzell, a. a. O. S. 91 nimmt die Sache als ausgemacht und sucht nur zu beweisen, daß das arbitrium cumulirt mit der formula ex sponsione habe erbeten werden können. Dies soll aus der Analogie des Interdictenprocesses folgen — womit es doch wohl eine andere Bewandtniß hat, als mit unserem präjudiciellen Sponsionsproceß bei dinglichen Rechten. Vrgl. die Darstellung bei Schmidt, Interdictenverfahren S. 253 ff. 257 ff. 262 ff.

nun der Beklagte nicht freiwillig diese Verpflichtung erfüllte, so konnte Nichts im Wege stehen, daß der Kläger ehemals sein Recht in einer Legis actio mit persönlicher intentio verfolgte, wozu sich ganz besonders die L. a. per judicis postulationem eignen mogte. Im Formularprocesse aber wird auf jene Stipulation eine gewöhnliche a. ex stipulatu incerta gegründet sein, deren formula lautete:

Quod A. Agerius de N. Negidio pro praede litis et vindiciarum (incertum) stipulatus est, quidquid paret ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportere u. s. w.

Wir müssen daher die Hypothese von einem arbitrium litis aestimandae ganz aufgeben und brauchen uns nicht erst auf die Frage einzulassen: ob in dem arbitrium *litis aestimandae* die Keime des arbitrium de *restituendo* füglich gefunden werden können.

Wir sind aber der Meinung, daß sich das arbitrium de restituendo sehr wohl aus der *condemnatio in ipsam rem* des Legisactionenprocesses, und zwar nur hieraus genügend erklären lasse: so daß wir also auch in Betreff des Urtheils eine nahe Verwandtschaft der dinglichen L. a. sacramento und der formula petitoria annehmen müssen.

Die große Aenderung, welche im Gefolge des Formularprocesses mit den dinglichen Processen vor sich gegangen ist, hat darin bestanden, daß der judex die Befugniß erhielt, den abgeschätzten Werth des dinglichen Rechts zum Object der Condemnation zu machen, während er bis dahin, dem strictum jus angemessen, an die formelle Congruenz des Condemnationsobjects mit dem der Intention gebunden war. Es liegt hierin ein unverkennbarer Fortschritt in der Richtung, welche überhaupt

die Entwicklung des Römischen Rechts verfolgt hat, von dem subjectiven und nationalen Individualismus zur Allgemeinheit. Allein das Gute und Sachgemäße, welches die Normen der Legisactionen enthielten, hat der Formularproceß auch an diesem Punkte nicht aufgegeben, sondern nur seiner Eigenthümlichkeit accommodirt. Wenn es nun unzweifelhaft als die eigentliche Absicht des Klägers angesehen werden muß, das Object seines dinglichen Rechts selbst zu erhalten, so durfte der Formularproceß sich des Instituts nicht entäußern, welches allein jener klägerischen Intention vollkommen zu entsprechen geeignet war: und eben daher erhielt sich der materielle Gehalt der condemnatio in ipsam rem in der Gestalt des arbitrium de restituendo, dessen enger Anschluß an jene daraus erhellt, daß Zwangsmaaßregeln zu seiner Erfüllung dem Richter zu Gebote standen*); wobei es Nichts zur Sache thut, daß wir es dahin gestellt sein lassen müssen, wie weit jene Maaßregeln reichten.

Ergiebt sich demnach in Betreff des Urtheils eine so nahe Verwandtschaft des L. a. sacramento mit der formula petitoria, daß ein unmittelbarer Uebergang auch hier wahrscheinlich wird; so ist dagegen das Verfahren per sponsionem praejudicialem von der formula petitoria so wesentlich verschieden, daß sie unmöglich als eine Uebergangsstufe betrachtet werden kann.

Zunächst ist von einem arbitrium de restituendo, von einem unmittelbar auf das dingliche Recht gerichteten Bescheide aus dem natürlichen Grunde keine Spur, weil dieses Recht gar nicht der juristische Gegenstand des Processes ist. Aus dem Spon=

---

*) Vrgl. darüber Keller, L. C. S. 215, Anm. 5. Zimmern, Rechtsgeschichte Bd. 3. S. 198, Anm. 13. S. 208 und den dort citirten Ribbentrop, Commentatio ad l. 16. §. 5. de pignorib. etc. Gött. 1824.

sionsprocesse kann also die formula petitoria diesen Bestandtheil nicht genommen haben — und meint man, daß sie das Mittelglied gewesen, so muß man auch hier statuiren, daß die folgende Neuerung in einer Annäherung an das Alte, der Fortschritt in einem Rückschritte bestanden habe.

Aber finden wir etwa in dem Sponsionsprocesse eine Erklärung der *pecuniaria* condemnatio? Es ist wahr, der Sponsionsproceß führte zu einer Verurtheilung in Geld; er konnte zu nichts Anderem führen, weil eine Geldsumme spondirt war und also das verfolgte persönliche Recht kein anderes Object hatte. Allein die Frage ist: ob man, nach allgemeiner Einführung der pecuniaria condemnatio, für die Geltendmachung dinglicher Rechte zuerst auf die sponsio praejudicialis deßhalb verfiel, weil man nach einem juristischen Substrat für die Verurtheilung in Geld suchte, welches allerdings in einer dinglichen Intention nicht lag. — Man hätte ein juristisches Fundament der pecuniaria condemnatio dadurch schaffen können, daß man die Partheien einen Contract schließen ließ, durch welchen sich der Beklagte zur Zahlung des Werths des Streitobjects im Falle seines Unterliegens verpflichtete, und der Kläger seinerseits für dieses Aequivalent auf sein dingliches Recht verzichtete. Haben wir nun aber in der sponsio praejudicialis einen solchen Vertrag und bietet sie überhaupt einen Rechtsgrund für die Verurtheilung in den Werth des Objects des dinglichen Rechts?

Es ist dies entschieden zu leugnen. Denn die summa sponsionis, in welche verurtheilt werden muß, steht zu dem dinglichen Rechte in gar keiner Beziehung; sie ist weder bestimmt, noch befähigt, das pecuniäre Aequivalent des dinglichen Rechts darzustellen. Es ergiebt sich dies daraus, daß ihr Betrag von

den Partheien durchgehends sehr niedrig und jedenfalls ohne Rücksicht auf den Werth des dinglichen Rechts fixirt, nach gesprochenem Urtheile aber gar nicht einmal beigetrieben wurde; der eigentliche, auf das dingliche Recht selbst gerichtete Zweck des Processes dagegen durch die Caution noch besonders gesichert war. — Es hat also die pecuniaria condemnatio im Sponsionsprocesse eine so total andere Basis und Bedeutung wie die der formula petitoria, daß wir darauf verzichten müssen, diese aus jener zu erklären.

§. 10.

Wir wollen jetzt versuchen, die geschichtliche Stellung des Verfahrens per sponsionem praejudicialem zu bezeichnen.

Halten wir die Thatsachen fest, daß die Anwendung präjudicieller Sponsionen eine sehr ausgedehnte Gewohnheit der Römer schon in alten Zeiten war, und daß dieselbe namentlich in Anwendung auf Verfolgung dinglicher Rechte schon zur Zeit der Legisactionen vorkam; vergegenwärtigen wir uns außerdem die durch die vorhergehenden Untersuchungen gewonnenen Resultate: so werden wir, um uns die Entstehung des Sponsionsprocesses zu erklären, nicht nach einer Zeit suchen, wo derselbe das einzige Mittel zur Verfolgung dinglicher Rechte gewesen wäre: sondern wir werden uns nach Momenten umsehen, welche es begreiflich machen, daß dies Verfahren neben dem directen in der Praxis Eingang finden konnte.

Wenn es Sitte und Gewohnheit bei den Römern war, Sponsionen zu schließen, um auf diesem Wege eine richterliche Entscheidung über Fragen zu erlangen, welche an sich zur Cognition eines Privatrichters nicht gehörten: so mußte der Character des alten Processes bald auf eine erweiterte Anwendung

dieses Mittels hinführen. Es ergaben sich im Laufe der Zeiten mancherlei Rechtsverhältnisse, welche ihrer Natur nach zwar sehr wohl unmittelbar für den Civilproceß sich eigneten, jedoch in der Legis actio deßhalb entweder gar nicht, oder nur mit Gefahr verfolgt werden konnten, weil es für sie an einer den Gesetzesworten angepaßten und darum in der Legis actio gültigen Formel fehlte. Hier bot die sponsio praejudicialis eine willkommene Aushülfe.

Derartige Bedürfnisse haben im Legisactionenprocesse selbst einen Fortschritt hervorgerufen, den wir in der L. a. per judicis postulationem und per condictionem erkennen. Ehe sich aber die Gesetzgebung in Thätigkeit setzte, wird schon die Praxis nach dem bereiten Hülfsmittel gegriffen haben. Für die dinglichen Rechte mag ein solcher Mangel weniger fühlbar gewesen sein; nur daß wohl manches neu entstehende jus in re aliena sich vergebens nach einer, für eine directe Geltendmachung angemessenen und anerkannten, Wortformel umgesehen haben wird. Allein auch sonst boten sich für die Anwendung der sponsio praejud. genügende Gründe der Empfehlung.

Die Größe des Sacraments richtete sich danach, ob das verfolgte Object 1000 Aß oder weniger betrug. Es war daher bei Vindicationen nothwendig, daß der Gegenstand taxirt und danach die summa sacramenti festgesetzt wurde. Schloß man statt dessen eine sponsio praejudicialis, so mußte sich die Höhe des Sacraments nach der spondirten Summe, dem nunmehrigen Streitobject, richten, und dies bot den Partheien in zwiefacher Hinsicht einen Vortheil. Einestheils nämlich vermied man die Weiterungen einer Taxation, die namentlich bei entfernteren Grundstücken und bei umfassenden Erbschaften nicht unbedeutend sein konnten. Anderntheils aber bekamen die Par-

theien dadurch die Bestimmung der Sacramentssumme ganz in ihre Hand. Sie konnten, indem sie die summa sponsionis unter 1000 Aß hielten, den Vortheil erlangen, nur 50 Aß als Sacrament einsetzen zu müssen.

Wir dürfen diesen Vortheil nicht zu gering anschlagen; denn schon an sich waren 500 Aß kein unbedeutender Betrag. Im Jahre d. St. 324 war der Werth eines Rinds auf 100 Aß, eines Schaafs auf 10 Aß taxirt und als „suprema mulcta", über welche hinaus Niemand gestraft werden konnte, galt der Betrag von 30 Rindern und 2 Schaafen *), also schon das Sechsfache des höchsten Sacraments. — So lange der Legisactionenproceß bestand, ist der Werth des Kupfers gestiegen. Allerdings ist um die Zeit des ersten punischen Krieges eine außerordentliche Reduction des Münzfußes dazwischen getreten. Allein wir haben nicht anzunehmen, daß man sich für die Bestimmung des Sacraments an das Nominal gehalten; vielmehr spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß man auch später noch die summa sacramenti nach aes grave berechnete, wie dies bei anderen öffentlichen Strafen — und als solche sahen die späteren Römer das Sacramentum an, Festus s. v. sacramentum aes. Gai. 4. §. 13. — so allgemein zu geschehen pflegte, daß „aeris gravis poena" der gangbare Ausdruck war. **) Wenn wir nun auch nicht glauben, daß die Steigerung des Kupferwerths mit der Reduction des Münzfußes gleichen Schritt gehalten ***) und darnach im 6ten Jahrh. etwa

*) Gell. 11, 1. Festus s. v. Ovibus. Peculatus. Böckh, Metrolog. Unters. S. 420. Cic. de repub. 2, 35.

**) Vergl. Böckh, Metrologische Untersuchungen S. 396 ff. S. 414 ff.

***) Vergl. gegen Niebuhr: Böckh, Metrol. Unters. S. 346 ff. und Abschnitt XXIX.

das Zwölffache der alten Währung erreicht habe; so sind wir dennoch berechtigt zu behaupten, daß während der Dauer des Legisactionenprocesses das sacramentum quingenarium immer einen ansehnlichen Werth repräsentirt habe. — Bedenken wir nun aber, daß diese 500 Aß als reine Proceßkosten erscheinen, die unzweifelhaft in Rom nicht weniger gescheut sein werden, als heutzutage, wo man sich schon mehr an den Gedanken gewöhnt hat, daß ohne Geld kein Recht zu haben ist — so dürfen wir den handgreiflichen öconomischen Vortheil des Sponsionsprocesses als einen in den Augen des wohlberechnenden Römers nicht geringen ansehen. *)

Ein anderer Nutzen der Sponsion lag aber in Folgendem. Man leitete durch dieselbe den ganzen Proceß in den Gang hinüber, welcher für persönliche Klagen vorgeschrieben war. Man hatte also in ihr bereits in alter Zeit ein Mittel, um die Weitläuftigkeiten der Vindication zu umgehen und dafür den einfacheren persönlichen Sacramentsproceß einzutauschen. Ein Vortheil lag schon in der Abkürzung der Verhandlungen in jure; von größerem Gewicht aber ist es, daß man einer interimistischen Besitzänderung vorbeugte, und die Zeit und Kosten ersparte, welche häufig (wo es sich um entfernte Grundstücke handelte) damit verbunden sein mußten, wenn die Vindicien geholt werden sollten. Nach der *lex Silia* aber gewährte die sponsio praejudicialis den Nutzen, daß man sein

*) Gai. 4. §. 95 erwähnt ein Gesetz, welches für die *sponsio* praejud. in Centumviralsachen die Summe von 125 Sesterzen (500 Aß) festgesetzt haben soll. Der Zweck dieser Bestimmung ist gewesen, von vornherein alle Weiterungen über die Höhe des Sacraments abzuscheiden, indem es dadurch ein für alle Mal auf dem niedrigsten Satz gehalten wurde.

Recht durch L. a. per condictionem verfolgen und somit nicht nur das sacramentum ganz ersparen, sondern auch das einfachste und schleunigste Verfahren zur Anwendung bringen konnte.

Wir sehen also, daß es im Legisactionenproceß genügende Gründe gab, welche die Praxis zur Anwendung einer sponsio praejudicialis bei Verfolgung dinglicher Rechte bewegen mußten, obgleich daneben der directe Vindicationsproceß als der ordentliche Bestand hatte. Wenn aber jene Vortheile der Sponsion zu ihrer Anwendung und häufigen Uebung veranlaßten, so konnte daneben der Nachtheil nicht übersehen werden, daß durch sie eine directe Verurtheilung in das Object des dinglichen Rechts ausgeschlossen wurde. Man mußte nach einem Mittel sich umsehen, wodurch dieser Uebelstand in seinen practischen Folgen gehoben wurde: und dies war in einer accessorischen bedingten Stipulation leicht gefunden, die den beklagten Besitzer für den Fall seines Unterliegens zur Herausgabe, eventuell zum Ersatz verpflichtete. Die stipulatio pro praede litis et vindiciarum konnte um so leichter Eingang finden, als man von der Vindication her gewöhnt war, daß, wer die Vortheile des Besitzes während des Processes genoß, zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet sei: und der Name beweist, daß diese Analogie das leitende Princip bei der Ausbildung gewesen ist.

Durch diese Stipulation hatte der Sponsionsproceß seine Abrundung erhalten; er bestand electiv neben der Vindication. Und gerade in diesem electiven Verhältnisse lag das Mittel begründet, um den Gegner zum Abschlusse der Sponsion zu bewegen. Es ist nämlich die gewöhnliche Annahme durchaus unbeweisbar, daß der Prätor zum Abschluß einer sponsio praejudicialis in dinglichen Processen zwingen konnte; es

spricht dafür weder die Wahrscheinlichkeit, noch irgend ein Zeugniß.*) Es steht nicht einmal fest, daß die Sponsion in jure geschlossen werden mußte**), und der Prätor scheint überhaupt über den Abschluß und die Zulässigkeit gar keine Cognition gehabt zu haben. Schwerlich wäre es sonst möglich gewesen, daß ein Fall vorkam, wie ihn Cicero (de offic. 3, 19. §. 77.) und Valerius Maximus (7. 2, 4.) von dem Consular Licinius Fimbria erzählen, welchem zugemuthet war, über eine ganz unsinnige Sponsion als judex zu urtheilen. — Das einzige, aber auch vollkommen ausreichende Mittel, um den Gegner zur Sponsion zu veranlassen, ist gewesen: die dem Kläger erlaubte Drohung, daß er sein Recht in der ihm electiv zu Gebote stehenden Proceßform verfolgen werde. Je mehr dem Kläger an dem Sponsionsproceß gelegen war, desto wirksamer war auch das angedrohte Präjudiz: denn die Vortheile des einen und Nachtheile des andern Verfahrens stellten sich im Ganzen auf beiden Seiten gleich.

So war denn der Sponsionsproceß schon zur Zeit der lex Aebutia ein allgemein gebräuchliches und durch die Praxis zu fester Gestalt ausgebildetes Verfahren. Es vererbte sich, wie bekannt ist, in den Formularproceß, dessen Einführung die Gränze unserer Aufgabe bezeichnet.

---

*) Auf das Verfahren des Verres (Cic. in Verr. II. 5, 54.) gegen den C. Servilius, welcher allerdings durch Zwang, und zwar durch Schläge, zu der sponsio „ni furtis quaestum faceret" getrieben werden sollte, zufälligerweise aber bei dieser Procedur ums Leben kam — wird man sich zum Beweise wohl nicht berufen wollen.

**) Dies wird auch keineswegs von Gai. 4. §. 93. gesagt. Vrgl. Schmidt, Interdictenverfahren S. 237.







